

REGISTRO Y FILIACIÓN EN PAREJAS LGBT¹

PILAR BENAVENTE MOREDA

Universidad Autónoma de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El tema que abordamos en el presente trabajo ha sido en parte objeto de estudio en otros trabajos anteriores². Así, en 2011 analiza-

¹ Este trabajo se inserta también como resultado del Proyecto CEAL-AL/2017-20, concedido por Resolución de 13 de junio de 2017, dentro de la 10ª convocatoria de los Proyectos de Cooperación Interuniversitaria UAM-SANTANDER con América Latina, cuya IP fue Alma María Rodríguez Guitián, titulado: La libertad de autodeterminación en las relaciones familiares y sus límites como desafío del Derecho de Familia del siglo XXI en España y América Latina. Igualmente constituye el desarrollo de diferentes conferencias impartidas en el ámbito del citado Proyecto de Investigación, fundamentalmente la impartida en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España (Madrid), dentro de la Jornada “La Libertad de autodeterminación en las relaciones familiares y sus límites como desafío del siglo XXI en España y América Latina” celebrada el día 18 de mayo de 2018 con el título: “Los nuevos retos de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia Español”.

² BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”. *ADC* Tomo LXIV, 2011, fasc 1, pp 75 a 124. Id “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación)” en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. *Oñati Socio-Legal Series*, 2017, Vol 7, No 1: *Derechos Reproductivos y Reproducción Asistida. Género, Diversidad Sexual y Familias en Plural* (Marisa Herrera, Natalia de la Torre y Agustina Pérez (Universidad de Buenos Aires —edit.—). (Posted: 25 Apr 2016 Last revised: 1 Mar 2017) *Oñati Socio-legal Series*, forthcoming DRAFT ISSN: 2079-5971. Abril, 21 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2768263). Igualmente son numerosos autores los que, de manera más o menos completa han abordado en los últimos años la evolución del tema que se analiza en el presente trabajo, como es el caso de FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”. *Anuario de Derecho Civil*. LXVIII I, 2015, pp. 5 a 61.

mos, de manera más general, la forma de determinación de la filiación de los hijos de parejas del mismo sexo, casadas o unidas de hecho, estudiando no solo los supuestos de filiación natural (incluida fundamentalmente la derivada del uso de TRHA) sino también la filiación adoptiva. En 2017 en un nuevo trabajo, centramos el estudio en la trascendencia que en la determinación de la filiación derivada del uso de TRHA ha tenido la incorporación de la voluntad procreacional, sin que el legislador haya establecido una nueva modalidad de determinación derivada de dicha voluntad. Se analizaban en este segundo trabajo de forma detallada, no solo las vías de determinación de la filiación sino también la posible o imposible e inapropiada aplicación de las reglas relativas a la determinación, reclamación e impugnación previstas en el CC para la filiación por naturaleza en los supuestos de Filiación derivada del uso de TRHA en las que prima el elemento volitivo sobre el biológico. Por ello algunas de las cuestiones que se abordan ahora ya fueron reflejadas en dichas publicaciones, si bien aprovechamos para actualizar los contenidos y reflexiones atendiendo a los nuevos elementos incorporados al debate (doctrina, jurisprudencia y nuevos textos legales).

¿Qué abordaremos y qué no, en este trabajo?: Hablamos de Registro y Filiación de las parejas LGTBI por lo que nos centraremos en los supuestos de determinación de la filiación de los hijos de los matrimonios o parejas de hecho de personas (hombres o mujeres) del mismo sexo fundamentalmente en los supuestos en que ésta derive del uso de TRHA, lo que nos conduce necesariamente al análisis de la filiación derivada de un proceso de Gestación por sustitución.

No se entrará sin embargo con detalle en la regulación de la Gestación subrogada como tal (que ya analicé de forma incipiente en una de las obras referenciadas anteriormente), sino tan sólo sobre la base y la idea específica de la forma en que la filiación del nacido pueda quedar determinada y registrada.

Se analizará igualmente el sistema de inscripción de las filiaciones en el Registro civil, atendiendo a las reglas previstas en la Legislación de Registro Civil y su Reglamento y la interpretación que la jurisprudencia ha venido haciendo ante la ausencia de normas claras y coherentes, teniendo en cuenta la situación peculiar por la que pasa actualmente el ordenamiento jurídico español, en el que conviven una

Ley de Registro Civil (LRC) de 2011, la Ley 20/2011, de 21 de julio, parcialmente en vigor, con otra, la de 1957, parcialmente en vigor igualmente —en aquello en lo que la primera no se encuentra vigente— y un Reglamento de Registro Civil, de 1958, vigente tanto para las normas en vigor de la LRC 2011 como para las de la LRC de 1957. Y según parece esta convivencia tiene trazas de prolongarse durante más tiempo del que sería deseable e incluso aventuramos a señalar que mucho más allá de junio de 2020 (fecha prevista de entrada en vigor completa de la LRC de 2011, pero no necesariamente la última, dada la trayectoria de retrasos sucesivos por los que viene pasando su vigencia).

En este estudio nos centraremos con carácter general, en la regulación prevista en el ordenamiento jurídico español, puesto que precisamente la encomienda en la elaboración del presente artículo está específicamente dirigida a presentar, en el ámbito español, la panorámica actual sobre la materia. Sin perjuicio, sirva la advertencia, de la referencia comparativa obligada a otros ordenamientos de nuestro entorno, en algunos temas concretos en los que resulte esencial.

Tampoco entraremos a analizar los supuestos de determinación de la filiación a través de la adopción, tema que fue minuciosa y específicamente abordado en 2011 al tratar todos los supuestos de determinación de filiación.

2. FILIACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS DE MUJERES CASADAS O PAREJAS DE HECHO

Como ya se mencionó más arriba, la cuestión que aquí se aborda no es ajena a la más reciente doctrina que casi en directo ha ido siguiendo paso a paso la ya larga peripecia legislativa y jurisprudencial de la determinación de la filiación de los hijos de mujeres casadas o nacidos de una relación de pareja de hecho entre ellas. Por ello en nuestro estudio, añadiremos a lo ya dicho hasta ahora, las últimas puntada dadas por la jurisprudencia, contrastando la situación con el análisis del sistema de acceso al Registro Civil de los citados nacimientos.

Tal y como se ha señalado, parte de nuestro estudio se centra en el sistema de determinación de la filiación en el caso de las parejas, ca-

sadas o no, de mujeres, por lo que fundamentalmente nos referimos a los supuestos en los que el nacimiento de los hijos se produce mediante el recurso a las TRHA, sin perjuicio de que la doble maternidad pueda tener su origen en supuestos diferentes en los que, determinada la filiación respecto de la mujer gestante que lo fue como consecuencia de una fecundación tradicional, no hubiera quedado determinada la paternidad y se recurra a la adopción por parte de la otra cónyuge³ o bien incluso cuando no habiendo recurrido al uso de TRHA se pretenda la determinación de la doble maternidad por naturaleza.

Dentro de los márgenes señalados anteriormente, se tratará en este momento de presentar, a la luz de la regulación contenida en el Código Civil (CC) y en Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006 (LTRHA), la realidad existente en cada uno de los supuestos que se mencionan, cuando el nacimiento se produce utilizando, o no, las TRA⁴ y partiendo igualmente de las premisas siguientes:

Primero, conforme al art. 7.1 LTRHA, la filiación de los nacidos se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones contenidas en los arts. 8 a 10 de la LTRHA. En ningún caso, la inscripción en el

³ Supuesto analizado con profundidad en BENAVENTE MOREDA, Pilar, “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, pp. 117 a 123.

⁴ Obviamente este es el supuesto más frecuente, aunque como podremos analizar posteriormente existen otras opciones que permiten valorar soluciones diferentes. Me refiero al caso de la mujer que casada con otra mujer o siendo pareja de hecho de otra mujer, hubiera tenido un hijo previamente y estuviera exclusivamente determinada la filiación materna y no la paterna en el supuesto en el que el embarazo no fuera consecuencia de un proceso de reproducción asistida sino de una previa relación con un hombre. Debemos diferenciar entre los casos en los que el menor ya hubiera nacido con anterioridad a la relación y al matrimonio de su madre con otra mujer y aquellos otros en los que el nacimiento se produzca, aun fruto de una relación sexual tradicional con un varón y se pretenda la determinación de la doble filiación materna en el momento mismo de la inscripción del nacimiento. Resulta relevante realizar la matización anterior si se tiene en cuenta, como veremos, la solución ofrecida por la DGRN en resolución de 8 de febrero de 2017 JUR/2018/283287. Conforme a dicha resolución parece que no sólo podrá ser de aplicación el contenido del artículo 44.5 LRC 2011 e inscribirse la doble maternidad en los supuestos a los que hace referencia el art. 7.3 LTRHA sino también a aquellos otros en los que la fecundación no tenga su origen en el uso de las TRHA. Analizaremos más adelante dicha resolución al hilo del análisis del sistema de inscripción registral.

Registro Civil reflejará los datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación (art. 7.2).

Segundo, conforme a la Ley 13/2005, de 1 de julio que modifica el CC. en materia de Derecho a contraer matrimonio (RCL 2005, 1407) y según se establece en su exposición de motivos, las reglas previstas en los arts. 116 a 118 CC relativas al principio de presunción de paternidad matrimonial, tan sólo son aplicables en relación con los matrimonios heterosexuales, dado que, según el propio texto legal sólo en estos matrimonios puede existir presunción de paternidad matrimonial⁵.

Tercero, finalmente en cuanto al sistema de inscripción de la filiación han de tenerse en cuenta además, las reglas previstas en la aún vigente LRC 1957 y su Reglamento de 1958, así como las contenidas en los preceptos de la LRC de 2011 que ya se encuentran en vigor⁶, entre ellos el artículo 44 relativo a la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, que debe su actual redacción al art. 2.1 de Ley núm. 19/2015, de 13 de julio(RCL\2015\1082).

⁵ El Código Civil Catalán sin embargo extiende dicha presunción (art. 235.10) a las parejas de hecho heterosexuales cuando se cumplen las condiciones previstas en el citado precepto, aunque no se considera como forma de determinación de la filiación. Vid. GARCÍA VICENTE, JR., “Comentarios a los arts. 235-1 a 235-14”. En Egea y Fernández J, Ferrer y Riba J.(Directors), Farnós Amorós E. (Coord). *Comentaria al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d' ajuda mútua*. Atelier. Barcelona, 2014, p. 608-609.

⁶ Conforme a la Disposición Final 10ª LRC reguladora de su entrada en vigor, modificada en numerosas ocasiones y finalmente (de momento) por la disp. final 1 de Ley núm. 5/2018, de 11 de junio. RCL\2018\924, su entrada en vigor se producirá el 30 de junio de 2020, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entraron en vigor el día siguiente de la publicación de la LRC en el “Boletín Oficial del Estado”, y excepto los artículos 49. 2 y 53 del mismo texto legal, que entraron en vigor el día 30 de junio de 2017. Igualmente, conforme a la citada disposición final, el 15 de octubre de 2015 entraron en vigor los artículos 44, 45, 46, 47, 49. 1 y 4, 64, 66, 67. 3 y disposición adicional novena, en la redacción dada por el artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio (RCL 2015, 1082), de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

2.1. *Hijos de mujeres casadas. ¿Filiación matrimonial por naturaleza?*

2.1.1. Diferentes vías de determinación de la filiación

Nos referiremos en este punto no sólo la vía extrajudicial de determinación legalmente prevista, sino también a aquellas otras posibles permitidas en la práctica por mor de una interpretación concreta en casos concretos por parte del TS o de la DGRN (básicamente la determinación por reconocimiento⁷ y por posesión de estado, como vía, esta última, de determinación judicial).

2.1.1.1. *Determinación legal de la doble filiación matrimonial materna derivada del uso de TRHA*

El artículo 7.3 de la LTRHA de 2006 regula y prevé la posible determinación de la doble filiación materna, posibilitando la inscripción como progenitora a favor de la cónyuge de la madre gestante.

Ahora bien, dicha posibilidad no existía en la LTRA de 1988, ni en la versión original de la vigente LTRHA de 2006, ley que pese a ser objeto de debate, discusión y aprobación con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, no tomó en consideración las enmiendas presentadas a los artículos 6, 7 y 8 del Proyecto, referidas precisamente a la necesidad de regular la determinación de la doble filiación materna, en la medida en que deberían asimilarse los efectos entre los matrimonios heterosexuales y homo-

⁷ Precisamente a ello se refiere específicamente QUICIOS MOLINA, autora que ha estudiado con profundidad en sus obras los reconocimientos de complacencia y por ello se cuestiona (sin dar una respuesta muy concreta al respecto) por qué la voluntad de ser madre sí puede tener efectos en estos casos y no en otros, como el del varón que trata como hijo durante años al vástago de su mujer y, sin embargo, su reconocimiento de complacencia no cabría considerarlo como un título eficaz de atribución de la paternidad. Ante tal cuestionamiento parece asumirse que puesto que el legislador así lo ha permitido, ha de regularse de la manera más acorde con el principio de seguridad jurídica que inspira el régimen de la filiación. QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”. *Retos actuales de la Fililación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 185-186.

sexuales cuando la equiparación podía producirse, de forma que, en el caso de fecundación de mujer casada con otra mujer, con esperma de donante, no estaba prevista la atribución de la doble maternidad por vía del consentimiento de la cónyuge no fecundada, debiendo recurrir a ésta por vía de la adopción sucesiva prevista en el art. 175.4 CC, pero con las limitaciones de edad previstas en el art. 175.1 del mismo cuerpo legal.

Fue sin embargo la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (RCL 2007/524), absolutamente ajena a la institución de la filiación, la que en su disposición adicional primera añadió un párrafo tercero al art. 7 de la LTRHA de 2006 señalando que “*Cuando la mujer estuviera casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido*”⁸.

La redacción actual del precepto, con un contenido sustancialmente diferente en cuanto a la forma, momento y requisitos para la determinación de la doble maternidad, se debe sin embargo a la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE 14.7.2015) que modifica, no sólo la norma sustantiva prevista en la LTRHA (en su D. Final 5ª, uno) sino también (artículo segundo, uno, de la citada Ley de 2015) el contenido del art. 44 de la LRC de 2011 para permitir la inscripción en el Registro civil de tales filiaciones.

Así, establece el vigente art. 7.3 LTRHA en su párrafo tercero que: “*Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dis-*

⁸ Sobre el proceso de incorporación del párrafo 3 al artículo 7 de la LTRHA vid. BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, p. 86; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Determinación de la filiación por posesión de estado en el seno de una pareja de mujeres: el protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación”. En Torres García, Teodora (dir.), Infante Ruiz, Francisco, Otero Crespo, Marta y Rodríguez González, Amalia (coords.). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 349-356.

puesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

Tanto antes como después de la reforma operada en el art. 7.3 LTRHA, la filiación del hijo nacido de cualquiera de las cónyuges se ha venido considerando una filiación matrimonial por naturaleza⁹, con todas las dudas que respecto de esta última calificación hemos

⁹ Vid. en este sentido y con referencia al art. 7.3 en su primera redacción, la SAP de Madrid (sc.22), de 12.3.2015 (JUR/2015/108975) en la que con ocasión del debate sobre la atribución de la guarda y custodia de los dos hijos habidos respectivamente por las dos cónyuges, fruto del uso de TRA y sobre los que constaba respectivamente el consentimiento de la cónyuge no gestante, se plantea el valor del consentimiento prestado antes del nacimiento cuando éste se produce una vez disuelto el matrimonio. La AP es clara al respecto, considerando que al supuesto contenido en el art. 7.3 se aplican, en cuanto a la determinación de la filiación, las normas contenidas en el CC en lo no previsto por los artículos siguientes, en la medida en que nos encontramos sin duda ante una auténtica filiación por naturaleza.

Resulta interesante apuntar aquí la solución por la que ha optado el legislador catalán que pese a mantener la calificación de “filiación por naturaleza” en los supuestos señalados, incluye como cauce para determinar la filiación por naturaleza derivada del uso de las TRA el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer (art. 235.3), pero equiparando todos los supuestos en los que interviene el consentimiento cuando existe matrimonio entre quienes consienten, sea homóloga o heteróloga la fecundación y ya se trate de matrimonio heterosexual u homosexual (art. 235-8 CCCat.).

Una solución más drástica ha adoptado el legislador argentino en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de 2014 en su art. 562, conforme al cual “*Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos*”. Estableciendo por su parte el art. 566.2 la presunción de filiación matrimonial cuando existió consentimiento del o la cónyuge, previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción asistida. Se abre además en la legislación argentina una nueva fuente de determinación de la filiación, la derivada de la voluntad procreacional, al margen de la filiación por naturaleza y adopción (Vid, resumiendo la más actual doctrina y posicionamiento al respecto, HERRERA, M., DE LA TORRE, N., FERNÁNDEZ, S., *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Thomson Reuters. La Ley, Buenos Aires, 2018, pp. 379 ss, especialmente 466-467. Igualmente en HERRERA, M., DE LA TORRE, N., FERNÁNDEZ, S., *Manual de Derecho de las Familias*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, p. 473-487.

manifestado en reiteradas ocasiones (obviamente respecto de la maternidad de la cónyuge que lo es por consentimiento, no la que gesta y pare al hijo) y que desde diferentes puntos de vista ha planteado la doctrina¹⁰.

La diferencia entre ambos textos es ostensible, tanto en cuanto al alcance como a los efectos directos del consentimiento prestado por la progenitora no gestante. Así, conforme a la redacción del art. 7.3 de 2007, para que tal filiación fuese atribuida a la cónyuge no gestante, era necesario que ésta hubiese manifestado ante el encargado del Registro del lugar del domicilio, su consentimiento a que cuando naciese el hijo de su cónyuge se determinase a su favor la filiación respecto del nacido. El consentimiento de la cónyuge constituía ya entonces

¹⁰ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2013, p. 36-40; GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*., Dykinson, Madrid, 2013, p. 246 ss.; QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, N.95, 2014, pp. 615-616 y 621; Id. *Determinación e impugnación de la filiación*. Madrid. Thomson Reuters Aranzadi. 2014, p. 47-48 (para quien la filiación así determinada, en puridad no es ni natural ni adoptiva). Igualmente en BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, p. 91 a 96 y “Los errores de legislar en paralelo...” *ob. cit.*, pp. 6; FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ob. cit.*, pp. 7-9. Sobre los problemas que plantea en la práctica aplicar las reglas de la filiación por naturaleza se pronuncia igualmente PALACIOS GONZÁLEZ, MD, “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”. En Martos Calabrús, MA (dir.), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, p. 67. Realmente se trataría de una filiación derivada del consentimiento o de la voluntad de ser progenitor, aunque no con las características propias previstas respecto del consentimiento en parejas heterosexuales (Vid. al respecto LAMM, E., *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho. 2010. Id. “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”. *Revista de bioética y derecho*. N.24. 2012, pp. 77-91.

claramente un título de atribución de la filiación¹¹ que en todo caso había de prestarse antes del nacimiento pero no necesariamente antes de la fecundación, por lo que de alguna forma se asemejaba al exigido al marido conforme al art. 6.3 o al prestado por el varón no casado conforme al art. 8.2, pero no alcanzaba a considerarse como una auténtica “voluntad procreacional” sino más bien como “voluntad de parentalidad” en la medida en que el consentimiento no se exigía como un elemento definitorio y definitivo para iniciar el proceso de fecundación, sino en un momento posterior, una vez producida la misma, aunque se hubiera participado del proceso inicial previo a la fecundación¹²

Sin embargo, en la nueva y vigente redacción del art. 7.3, el consentimiento ha de prestarse respecto del hijo “*ya nacido*” de su cónyuge,

¹¹ ALES URÍA ACEVEDO, MA., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant monografías 787. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, ob. cit., p. 133 ss.; Id. “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Derecho privado y Constitución*. Nº 28, 2014, pp. 93-136; QUICIOS MOLINA, S., ¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida?, ob. cit., p. 161; Id. *Determinación e impugnación de la filiación*. Ob. cit. p. 47. TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas”. *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2013 (http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBI_CACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVO-MODELO DE FILIACION.PDF); RODRÍGUEZ GUTIÁN A, “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España”. En Benavente Moreda, P., Farnós Amorós, E., (coords.), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Boletín del Ministerio de Justicia. Año LXIX. Nº 2179, 2015, pp. 88-89; DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MS., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”. In *Dret*.1/2015.2015.

¹² Ciertamente no podía hablarse entonces, y mucho menos ahora, de la existencia de una voluntad procreacional de la cónyuge de la gestante, porque en ningún caso dicho consentimiento (aun existiendo con toda seguridad en muchos casos antes de la fecundación, como proyecto de parentalidad futuro) se exigía con carácter previo a la fecundación como en los casos del marido o del varón. Creo que en estos casos resultaría más adecuado hablar de una voluntad de implicación en la parentalidad o una voluntad de parentalidad conjunta. Vid. al respecto FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, ob. cit., p. 12.

constando en tal caso el hijo como matrimonial de ambas mujeres sin que sea exigible el consentimiento previo al nacimiento y sin que se trate en todo caso de un consentimiento previo a la fecundación¹³. No estamos (aunque haya existido) ante una verdadera voluntad procreacional, ni siquiera ante una voluntad previa de asumir la maternidad del hijo que nazca, porque ya ha nacido, estamos realmente ante un reconocimiento de filiación con los problemas que ello puede plantear¹⁴.

Por otro lado, y esto es absolutamente relevante, dichos consentimientos difieren del requerido en art. 6.3 LTRHA al marido, lo que para algunos autores encontraba su justificación en el hecho de que, mientras el primero se exige al marido por estar afectado por la presunción de paternidad, que no podrá impugnarse en caso de haber consentido la fecundación, el segundo, el de la esposa de la madre gestante no tiene consecuencias en materia de filiación, al no existir presunción de paternidad en tales casos, y por ello no se exige con carácter previo al empleo de la técnica¹⁵.

Sin embargo, el hecho relevante que pone de manifiesto la discriminación a la que queda afecto el hijo nacido de matrimonio entre

¹³ Según ANDREÚ MARTÍNEZ, aunque parece claro que el consentimiento ha de prestarse una vez que se produzca el nacimiento, no queda claro si esto excluye otras formas de prestarlo, aunque en todo caso, siguiendo con la ubicación sistemática de la norma prevista en el art. 44.5 LRC, podría entenderse que son aplicables para tales inscripciones los mismos mecanismos que se prevén para la inscripción del resto de los nacimientos, ex. art. 44.3 LRC (ANDREÚ MARTÍNEZ, B., “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido? *InDret*. Barcelona, abril 2018, p. 7).

¹⁴ En la dirección de retomar la exigencia del consentimiento previo, asumiendo la maternidad legal de forma previa al nacimiento se postula la Propuesta de CC elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil en su artículo 223-3, redactado por QUICIOS MOLINA Y BARBER CÁRCAMO, aunque la propia QUICIOS MOLINA teme sobre el escaso recorrido de la propuesta atendiendo a la respuesta gubernativa dada por la propia DGRN en su resolución de 8 de febrero de 2017 (QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 186).

¹⁵ NANCLARES VALLE J., “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza” - BIB 2008/575-Aranzadi civil nº 7, 2008; BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, ob. cit., pp. 135-136.

mujeres frente al heterosexual precisamente radica en que si bien en el segundo existe con la fuerza que le otorga el art. 116 CC, una presunción de paternidad desde el momento de la celebración del matrimonio de los progenitores, en el caso del matrimonio entre mujeres la determinación de la maternidad de la cónyuge no gestante queda al albur (por mucho proyecto de vida en común y voluntad procreacional que existiera previamente) de un acto de reconocimiento en el momento del nacimiento que puede o no producirse, con las consecuencias inciertas que ello puede provocare en la identidad del nacido y su posterior destino.

De lo dicho se desprende, que hasta el día 15 de octubre de 2015 (fecha de entrada en vigor del vigente art. 7.3 LTRHA), para que la filiación tuviera el carácter de matrimonial, el consentimiento debía prestarse antes del nacimiento y ante el encargado del Registro Civil (veremos posteriormente cuál era la vía elegida al efecto ante la ausencia de norma específica y procedimiento adecuado que permitiera tal inscripción). Ahora bien, nada se decía respecto del momento a partir del cual hubiera de prestarse y por tanto si debía existir el matrimonio en el momento de la fecundación, porque lo decisivo según la norma, no era el consentimiento previo a la misma¹⁶. Lo decisivo era que tal consentimiento se manifestase antes del nacimiento¹⁷.

Sin embargo con posterioridad a la fecha citada, es suficiente que la manifestación del consentimiento de la cónyuge de la madre ges-

¹⁶ Como se exige en el art. 6.3 para la fecundación de mujer casada con varón, o como establecen los arts. 235-3 y 235-8 del CCCat con carácter general para cualquier tipo de matrimonio, en cuyo caso el matrimonio ha de ser necesariamente previo al uso de las mismas.

¹⁷ Sobre la evolución del contenido del precepto, BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, p. 96 ss.; BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”, *REDUR* 8, diciembre, 2010, pp. 25-37; Id. *La filiación en España: una visión crítica*, *ob. cit.*, Id. “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Derecho privado y Constitución*. N° 28, 2014, pp. 93-136; FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ob. cit.*, p. 9 ss.; GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Madrid: Dykinson, 2013, pp. 292-310; RODRÍGUEZ GUTIÁN A., “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España”, *ob. cit.*, pp. 124 ss.

tante se realice una vez nacido el hijo¹⁸, asimilándose más si cabe este consentimiento a la figura del reconocimiento regulado en el CC, pero sin las garantías y límites que se prevén para los reconocimientos (art. 124 CC), entre ellas la más elemental que es la concurrencia del consentimiento de la madre biológica¹⁹ y distanciándose de la idea del consentimiento como manifestación de la “voluntad procreacional” que se puede desprender del previsto en los art. 6.3 y 8.2 LTRHA para los matrimonios y parejas heterosexuales, lo que no deja de resultar cuanto menos chocante, al dejar al arbitrio de la cónyuge no gestante, como hemos indicado más arriba, decidir, cuando el niño ya ha nacido, fruto posiblemente de un proyecto de vida común, si quiere vincularse o no con el recién nacido.

Hay que señalar igualmente que la similitud entre el consentimiento, tal y como aparece regulado en el nuevo art. 7.3 y el reconociemien-

¹⁸ Puede prestarse tal consentimiento, apunta PALACIOS GONZÁLEZ, MD, ante el encargado del Registro Civil o en el propio hospital en el que cabe hacer las manifestaciones sobre la filiación (PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”, *ob. cit.*, p. 71.

¹⁹ DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MS., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”. In *Dret.*1/2015. A ello se refiere igualmente PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”, *ob. cit.*, p. 71. Para la autora, parece lógico que no tratándose del hijo biológico de la mujer que pretende ser madre (a no ser que haya aportado el óvulo) la que sí es madre biológica tenga algo que decir en relación con la situación del hijo.

A lo indicado añadimos personalmente, e insistimos, en la necesidad de que el consentimiento prestado requiera las garantías previstas en el art. 124 CC e incluso creemos que debería añadirse alguna exigencia más en la medida en que, si bien en los supuestos del art. 124 —reconocimiento de un menor— puede derivarse la situación en un reconocimiento frustrado ante la negativa de la madre biológica a admitirlo, lo cierto es que aun en tales casos el potencial reconecedor, caso de ser efectivamente el padre biológico siempre contará con la posibilidad de entablar una acción de reclamación conforme a los criterios legalmente establecidos para la reclamación de la filiación extramatrimonial que le permitirá a la larga, si es el padre biológico, ser determinado como padre. Sin embargo, tal posibilidad no se le ofrece (ante la ausencia de norma ad hoc que lo permita), a la cónyuge de la madre biológica a la que, habiendo aportado su óvulo por ejemplo, se le niegue hipotéticamente la inscripción ante la negativa de la cónyuge gestante a que conste tal maternidad.

to, entra en clara contradicción con la forma en que tradicionalmente han sido valorados los reconocimientos de complacencia por nuestra doctrina y jurisprudencia²⁰ porque, en definitiva, cuando la mujer casada con la madre gestante consiente que el nacido sea inscrito como hijo matrimonial y por naturaleza, está realizando, se quiera o no, un reconocimiento de complacencia, que en su ámbito tradicional de aplicación venía considerándose como nulo. Aunque parece ser otra la posición mantenida por el TS en su sentencia de 16 de julio de 2016, que diferencia entre reconocimientos de complacencia (perfectamente válidos) y de conveniencia (afectados por la nulidad), lo que permitiría con más “tranquilidad” considerar como de conveniencia al consentimiento prestado por la cónyuge de la madre biológica. Sin embargo el legislador debería replantearse la necesidad de establecer un criterio específico para evitar la posible impugnabilidad del mismo al no resultar aplicable a tal efecto la regla del art. 8 LTRHA y por tanto devenir, ex.art. 7.1 LTRHA, aplicables las normas y reglas generales del CC sobre la filiación por naturaleza²¹.

²⁰ Resume de forma muy completa la posición jurisprudencial sobre el reconocimiento de complacencia QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la Filiación*, ob. cit., p. 80-85.

²¹ Según la STS de 15 de julio de 2016 (RJ\2016\3196) debe diferenciarse entre consentimiento de complacencia y de conveniencia, para convenir en la validez del primero de ellos, frente a los supuestos en los que se consiente de manera fraudulenta, para conseguir derechos o beneficios que de otra forma no podrían obtenerse. Quizás, de alguna forma, el consentimiento al que alude el art. 7.3 LTRHA no sea sino un reconocimiento de complacencia unido a una “voluntad procreacional” que lo consolida, en aquellos casos en los que, junto con el consentimiento prestado en el momento del nacimiento exista un proyecto previo de parentalidad, que aun en los casos de ausencia de consentimiento al nacer, debería ser valorado para atribuir o acreditar la maternidad de la cónyuge no gestante. Vid. al respecto SANCINENA ASURMENDI, C., “Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.104/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017. (BIB 2017\12558). La autora se manifiesta claramente crítica con el planteamiento de la sentencia citada; Igualmente vid. CORVO LÓPEZ, FM., “Reflexiones en torno a la impugnación de la paternidad en los casos de reconocimiento de complacencia a la vista de la jurisprudencia del TS”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 1/2017 parte Doctrina Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2017 (BIB 2016\85974).

2.1.1.2. *Consecuencias de la ausencia de consentimiento conforme a las exigencias del art. 7.3 LTRHA. La posible atribución judicial de la filiación por posesión de estado ante un consentimiento incompleto o defectuoso*

Resulta si cabe más controvertida la situación y la respuesta a esta cuestión tras la reforma operada en el art. 7.3 LTRHA por la Ley 19/2015, máxime si se tiene en cuenta la respuesta “de estricta legalidad” que los tribunales han venido otorgando a la ausencia del consentimiento conforme a las exigencias del anterior art. 7.3.

¿Qué ocurría hasta 2015, cuando la cónyuge no gestante no consentía antes del nacimiento del hijo, o lo pretendía hacer después, o incluso había prestado su consentimiento siguiendo las exigencias establecidas para el marido por el art. 6.3 LTRHA? La respuesta parecía evidente, no cabía atribuir dicha maternidad a la cónyuge no gestante y la única vía para llegar a ella era recurrir técnicamente al procedimiento de *Adopción*²².

Tal criterio sin embargo se ha contradicho abiertamente con la posición mantenida por el TS en *Sentencia de 5 de diciembre de 2013 (RJ 2013, 7640)* al admitir la determinación de la maternidad de la no gestante por posesión de estado (ex.art. 131 CC), aun no habiéndose prestado el consentimiento conforme a las exigencias del art. 7.3 LTRHA²³.

²² En este sentido las Resoluciones de la RRDGRN de 5.8.2013 (JUR/2014/206945), 21.4.2014 (JUR 2015/87669) o 25.11.2014 (JUR/2014/261443) conforme a las cuales no procede inscribir la filiación a nombre de la cónyuge de la madre biológica porque el consentimiento se había manifestado con posterioridad al nacimiento de la hija, contraviniendo lo indicado en el entonces aplicable art. 7.3 LTRHA

²³ Vid. al respecto PALACIOS GONZÁLEZ, MD., *ob cit.*, p. 73 a 77; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. "Determinación de la filiación por posesión de estado en el seno de una pareja de mujeres: el protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación", *ob. cit.*, pp. 357-362. QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la filiación*, *ob. cit.*, pp 61-66. La autora es muy crítica con la posición mantenida por el TS en este caso, considerando que supuso una revolución del sentido de las acciones de filiación tal y como estaban concebidas por la legislación sustantiva y procesal. Considera igualmente inadecuada la utilización en este caso del art. 7.1

Carecía de sentido a mi entender, vigente el derogado art. 7.3, que quien prestó su consentimiento antes del nacimiento del hijo sin cumplir los requisitos de que éste fuera ante el encargado del Registro civil y destinado a que el nacido se inscribiese como hijo propio como exigía el art. 7.3 LTRHA, pudiese acceder a dicha maternidad por posesión de estado ex. art. 131 CC tal y como ha admitido el TS y que no lo pudiese hacer tras el nacimiento del mismo al no cumplirse el requisito del carácter previo al nacimiento. Quizás este sea el motivo que justificó la nueva reforma del art. 7.3, pero que como se ha indicado, al mismo tiempo aleja absolutamente la concepción del consentimiento como manifestación de la voluntad procreacional o voluntad parental, aproximándolo como hemos señalado a la figura del reconocimiento además de crear una clara discriminación injustificada respecto de los hijos nacidos de matrimonios heterosexuales.

¿Deberíamos plantearnos si en tal supuesto, celebrado el matrimonio con posterioridad al nacimiento del hijo no sería adecuado aplicar el art. 119 CC y considerar el hijo como matrimonial por subsiguiente matrimonio? La respuesta a mi entender ha de ser afirmativa, sobre todo si tenemos en cuenta la vigente regulación del art. 7.3 LTRHA.

2.1.2. Sistema de Inscripción en el Registro Civil

Si en el apartado anterior hemos hecho referencia a los aspectos puramente sustantivos en cuanto al sistema de determinación de la filiación en los casos de “doble maternidad matrimonial”, abordamos en este momento de forma más concreta la forma en que dicha filiación accede al Registro Civil.

Lo cierto es que, aunque en los momentos actuales haya quedado resuelto el tema de forma general en el art. 44.5 LRC de 2011, que sirve para arropar la inscripción de la maternidad de la cónyuge de la gestante amparada en el art. 7.3 LTRHA, permitiendo la inscripción simplemente con la manifestación hecha en el mismo momento de la inscripción sin que se requiera consentimiento previo alguno²⁴, sin

LTRHA para fundar su decisión, en un supuesto en el que podría haber quedado determinada por vía del art. 7.3.

²⁴ En este sentido PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”, *ob. cit.*, p. 70.

embargo dicha norma no se incorpora a la LRC hasta el 15 de octubre de 2015 según lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil.

¿Cómo se justificaban y en base a qué preceptos de la LRC o RRC la inscripción de los nacimientos producidos tras la entrada en vigor del primer art. 7.3 LTRH, desde el año 2007 hasta 2015 en que se modifica no sólo el contenido del precepto sino que se introduce el citado art. 44.5 que da entrada a dichas inscripciones?

Los primeros pronunciamientos al respecto, por parte de la DGRN, vinieron de la mano de supuestos en los que estrictamente no se habían cumplido con los requisitos del art. 7.3 LTRHA puesto que los mismos se habían producido antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2007 que en su disposición adicional 1ª puso en marcha el nuevo artículo 7.3, y por tanto, invocando básicamente la finalidad de la norma y la D.T 1ª del CC se permitió la inscripción de la doble maternidad(RR. de 17 de abril, 22 de mayo, 14 de octubre y 24 de noviembre de 2008(JUR/2009/388655; JUR 2009/389849; JUR 2009/443280 y JUR 2010/2732)²⁵

Ciertamente sin embargo, en tal momento no existía (entre los años 2007 y 2015) una norma específica prevista en la LRC para permitir un acceso específico al Registro civil de la maternidad volitiva y no biológica de la cónyuge de la madre biológica.

El vigente art. 44 LRC de 2011 recibe su actual redacción en el art. 2 punto uno, de la Ley 19/2015, de 13 de julio de Medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil. La citada Ley 19/2015 modifica igualmente en su artículo 2, diez, la disposición final 10ª de la LRC de 2011 relativa a la entrada en vigor de la misma (la LRC), introduciendo en dicha D.F. un párrafo 2º por el que se fija precisamente que determinados artículos

Vid. igualmente FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., VERDERA SERVER, R., “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 40-41.

²⁵ Vid. al respecto el análisis detallado de los supuestos en BENAVENTE MOREDA, P., La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, pp. 99-100.

de la LRC (entre ellos los arts. 44 a 47 en cuanto nos interesa en este momento), entrarían en vigor a partir del 15 de octubre de 2015.

Por ello habremos de convenir que:

- a) Entre el 17 de marzo de 2007 (fecha de entrada en vigor del art. 7.3 LTRHA, conforme a su primera redacción otorgada por la Ley 3/2007, reguladora de la mención registral relativa al sexo de las personas) y el 15 de octubre de 2015 (fecha en que, como acabamos de señalar, no sólo entra en vigor la nueva redacción del art. 7.3 citado, sino que entra en vigor la nueva redacción del art. 44.5 LRC de 2011 en que se prevé la inscripción de la doble maternidad), pese a permitirlo la LTRHA, no existía una norma en la LRC específicamente prevista para permitir la inscripción de la citada doble maternidad en el Registro Civil, debiendo invocarse para ello, como así hacía la DGRN, la única normativa existente al efecto, los arts. 47 a 52 de la LRC de 1957 que sin embargo eran inaplicables de todo punto, al menos en cuanto se refería a la posible inscripción de la maternidad de la cónyuge de la madre biológica.

Ciertamente antes de 2015 ya se había publicado la LRC de 2011, pero como ya se ha mencionado ni siquiera en los momentos actuales ha entrado íntegramente en vigor y entre su publicación el 22 de julio de 2011 y la entrada en vigor del actual art. 44 en 2015, aún existiendo un precepto destinado a regular el sistema de inscripción de la filiación (el mismo artículo 44 citado, pero con otra redacción), ni tenía prevista su entrada en vigor, inicialmente hasta 2014 (antes de las sucesivas modificaciones en este punto de la D.F 10ª relativa a la entrada en vigor) ni aunque lo hubiera hecho de inmediato nada preveía relativo a los supuestos de doble maternidad, ni siquiera se hacía ninguna mención a los supuestos menos conflictivos de inscripción derivada del uso de TRHA, pese a que la LTRHA era de 2006. El legislador omitió curiosamente toda referencia a dichos supuestos.

Obviamente, no procede hacer mención especial en relación con el sistema de inscripción de la filiación biológica materna, en la medida en que, tanto en la LRC de 1957 (arts. 47 y 48), como en el texto de la LRC de 2011 (el aséptico art. 44 de la

primera redacción de la LRC nada decía al respecto, aparte de resultarnos intrascendente porque con su redacción original fue un precepto abortivo, ya que nunca llegó de tal tenor a entrar en vigor) no se planteaba problema alguno en relación con dicha inscripción materno/biológica.

El problema se planteaba sin embargo en relación con la inscripción respecto de la cónyuge de la madre biológica, fundamentalmente por el hecho de que tan sólo la LTRHA preveía la doble inscripción derivada de un consentimiento emitido por ésta, previo al nacimiento del hijo pero nada regulaba al respecto la LRC de 2011 en relación con la fórmula o protocolo para practicar, y dónde, la inscripción de dicho consentimiento ante la ausencia de un niño aun no nacido. Igualmente y por tal ausencia normativa, tampoco quedaba resuelto el orden previsto para los apellidos del futuro hijo²⁶.

Por otro lado tanto la doctrina como la jurisprudencia de la DGRN habían señalado (sin apuntar en ningún caso más que la aplicación y vigencia del art. 7.3 LTRHA y la aplicación analógica citada de la DT 1ª del CC), sin citar la aplicación de precepto concreto de la LRC de 1957, entonces aplicable, que para proceder a la inscripción era necesario (aparte del consentimiento previo al nacimiento, de la cónyuge de la madre bio-

²⁶ A ello se refiere específicamente NAVARRO CASTRO, M., al analizar el originario artículo 44 de la LRC en relación con la inscripción de la doble maternidad ex.art. 7.3 LTRHA ante la ausencia de mención alguna en el precepto registral. Para ello se invoca la doctrina emanada de la DGRN que en resolución de 22 de mayo de 2008 (JUR 2009/389849) invocaba la aplicación analógica del art. 109 CC tras la reforma operada en el mismo por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombre y apellidos y orden de los mismos, siguiendo el criterio de la prevalencia del acuerdo de los progenitores. Como el propio autor señala, dicho precepto sin embargo dejaba sin resolver la cuestión en aquellos casos, reales y vividos en la práctica registral, de ausencia de acuerdo. Para tales supuestos el autor consideraba aplicable el art. 49 LRC de 2011 siguiendo la misma respuesta que la prevista para los matrimonios heterosexuales (NAVARRO CASTRO, M., “Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación” (Cobacho Gómez, JA; Lecién Ibáñez, A., (dirs). *Comentarios a la Ley de Registro Civil*. Thomson Reuters Aranzadi, 2012 pp. 693, nota 18).

lógica, la aportación de un certificado expedido por el Centro Médico autorizado en el que se hubieran efectuado las TRA²⁷.

- b) A partir sin embargo, del 15 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de los arts. 44.5 LRC de 2011 y nuevo 7.3 LTRHA, se produce por primera vez, casi 8 años después de permitirlo la legislación sustantiva, una conexión entre la norma sustantiva y la registral, aplicable, conforme a la D.T 2ª de la Ley 19/2015 citada (que establece el régimen transitorio hasta la completa entrada en vigor de la LRC en 2020) a los Registros Civiles regulados por la LRC de 1957.

No obstante y pese a tal conexión entre LTRHA y LRC, la realidad sigue manifestando una situación aún incompleta, en la medida en que el RRC de 1958 (arts. 181 ss destinados a la inscripción de la filiación) para nada se recoge (y posiblemente no lo haga en mucho más tiempo del que sería deseable) norma alguna que se aproxime a la realidad existente en materia de determinación de la filiación al menos desde 2006 en que se aprueba la LTRHA.

Por otro lado y siguiendo con lo indicado más arriba, la DGRN ha realizado una interpretación abierta y extensa del tenor del art. 44.5 haciéndolo aplicable a todo nacimiento en el seno de un matrimonio entre mujeres, provenga o no del uso de TRA, lo que se contradice con el criterio mantenido anteriormente (o sobre el que recaían dudas de aplicabilidad contundentes)²⁸. Así, en su *resolución de 8 de febrero de 2017* (JUR 2018/283287)²⁹ el Centro Directivo ha considerado que, conforme al vigente art. 44.5 LRC procede la inscripción del nacido a favor de la cónyuge de la madre biológica, sin que sea necesario

²⁷ NAVARRO CASTRO, M., *ob. cit.*, p. 694.

²⁸ Es cierto que, como apuntan FERNÁNDEZ CAMPOS y VERDERA SERVER, citando a la doctrina más autorizada, literalmente en el art. 44.5 LRC 2011 no se exige que el nacimiento sea consecuencia de una técnica de reproducción asistida, lo que no resulta sin embargo razonable (FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., VERDERA SERVER, R., “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 41-42.

²⁹ Por razones que desconocemos, la citada Resolución aparecía recogida con dos referencias diferentes (JUR 2017/237932 y 283287), lo que podría dar lugar a pensar que se tratan de dos resoluciones de la misma fecha, pero el contenido de las dos que se recogen es exactamente el mismo.

acreditar el origen de la generación ni por tanto la circunstancia de que el nacimiento se haya producido recurriendo al uso de TRHA. Así se desprende de la literalidad de la propia resolución al apuntar que *“cabe colegir que la intención del legislador ha sido facilitar la determinación de la filiación de los hijos nacidos en el marco de un matrimonio formado por dos mujeres, independientemente de que hayan recurrido o no a técnicas de reproducción asistida”*, aunque en tales casos sin embargo la filiación no estaría arropada por la regla de inimpugnabilidad prevista en el art. 8 LTRHA³⁰ tal y como se desprende de la redacción del art. 44.5 LRC.

La doctrina sin embargo se ha manifestado crítica con la posición mantenida por la DGRN al entender que una interpretación sistemática del precepto, y su valoración contextual desde la perspectiva ineludible del principio del *favor minoris* impide llegar a tal conclusión³¹. Sin embargo, desde nuestro particular punto de vista, la DGRN lo que ha hecho es básicamente aproximar la actual configuración de la doble filiación materna a los senderos por los que debería haber dis-

³⁰ ANDREÚ apunta al respecto que en ningún caso cabría la impugnación por parte de las dos cónyuges que prestaron su consentimiento, por los mismos argumentos que si se hubiera recurrido al uso de las TRHA, no por la aplicación del art. 8 de la misma, que resulta igualmente inaplicable. Lo que sí cabría sería la impugnación por parte del padre biológico, ex.art. 134 CC, lo que supone dar entrada de nuevo al recurso a las verdades biológicas frente a la voluntad procreacional, distorsionándose de nuevo aún más si cabe el sistema. Ello plantea, según la autora, con mayor fuerza, la posible impugnación igualmente por parte del hijo así inscrito (ANDREÚ MARTÍNEZ, B., “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido? *ob. cit.*, pp. 26-27 y p. 28.

³¹ Así CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina del Carmen., “La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida. Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2017” *Actualidad Civil*, N° 4, Sección Persona y derechos/Última hora de la DGRN, Abril 2017, Editorial Wolters Kluwer LA LEY 3738/2017. Por otro lado, según ANDREÚ MARTÍNEZ, la DGRN en su resolución está creando un nuevo mecanismo para la determinación de la filiación extramatrimonial, específico para los matrimonios de mujeres y distinto al de los matrimonios heterosexuales, a los que se aplica la presunción de paternidad (ANDREÚ MARTÍNEZ, B., “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido?, *ob. cit.*, pp. 20-21. Vid. QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”, *ob. cit.*, pp. 187 ss.

currido desde el principio: los de la presunción de paternidad/maternidad matrimonial, sin excluir la aplicación a los mismos del art. 116 CC, puesto que en los momentos actuales no existe justificación para seguir evitándola. Por ello, llegados a este punto, cabría concluir, creemos, que lo más adecuado sería afrontar de una manera normalizada la aplicación de la presunción de maternidad en caso de matrimonio de las dos mujeres, igual que se prevé para los casos de matrimonio heterosexual.

Dicho lo anterior y siguiendo estrictamente dentro del ámbito registral, se nos antoja que pudiera plantear cierta complejidad hacer compatible lo dispuesto en la legislación catalana a la que aludíamos más arriba, con la modificación introducida en el art. 44.5 LRC 2011, por la Ley 19/2015, de 13 de julio, al permitir ésta (de aplicación en todo el territorio nacional), el acceso al Registro Civil de la doble maternidad matrimonial con el sólo consentimiento prestado tras el nacimiento del hijo, cuando el art. 235-8 CCCat, exige el previo consentimiento al uso de las citadas técnicas, tanto en aquellos casos en los que, no existiendo consentimiento previo se pretendiera la inscripción del nacimiento ex.art. 44.5 LRC, como en el caso contrario en el que, existiendo consentimiento previo conforme a la exigencia del CCCat, en el momento del nacimiento no se completase con la exigencia de prestarlo tras el nacimiento, según requiere la LRC³².

³² Aunque posiblemente en la práctica resulte más segura la norma prevista por el legislador catalán, a los efectos de la impugnabilidad o inimpugnabilidad de la filiación así determinada, en la medida en que la exigencia del previo consentimiento del legislador catalán (con independencia de que en el momento de la inscripción no se solicite acreditación alguna relativa al uso de TRA siguiendo la posición mantenida por la DGRN en la citada resolución de 8 de febrero de 2017) hará inimpugnable la filiación así inscrita.

Es más, diríamos que, aun pareciendo contradictorio lo que se va a señalar, resulta más acorde con el espíritu de la norma registral y con el criterio establecido en el art. 7.2 LTRHA conforme al cual en ningún caso la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación, por lo que parece que protege más tal afirmación, una regulación que exija un previo consentimiento para determinar la filiación futura y ausencia de tal acreditación del consentimiento ya prestado una vez que, producido el nacimiento, se inscriba el menor como hijo también de la cónyuge de la madre biológica. (Vid. GARCÍA VICENTE, JR., “Article 235-8” en EGEA i FERNÁNDEZ, J., FERRER i RIBA, J., (DIR), FARNÓS AMOROS, E., (Coord.) *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*. Atelier. Bar-

2.2. *Hijos de parejas de hecho de mujeres. Filiación extramatrimonial*³³

2.2.1. Imposible determinación extrajudicial. Posible determinación judicial por posesión de estado. La incoherencia del sistema

Como bien sabemos, el art. 7.3 LTRHA no resulta aplicable, por más que resulte incomprensible, a las parejas de hecho. Del mismo no se desprende la posibilidad de atribuir la “doble maternidad” por naturaleza a dos mujeres no casadas, que constituyan sin embargo pareja de hecho (o no, ya que tal posibilidad sí existe cuando de relaciones heterosexuales hablamos)³⁴.

Incomprensiblemente inaplicable resulta igualmente el art. 8.2 LTRA, que sólo prevé la atribución de la paternidad extramatrimonial al varón no casado³⁵, pese a las numerosas enmiendas que en su momento se presentaron al proyecto de ley de TRHA, instando la sustitución de la referencia al “varón” por “la persona” que comparte

celona. 2014, p. 596-599.(El comentario en todo caso es anterior a la entrada en vigor del actual art. 44.5 LRC).

³³ Este apartado constituye, con algunas matizaciones y actualizaciones evidentes, parte de un apartado de mis trabajos ya citados: “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”, *ob. cit.*, p. 114-116 y “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida” *ob. cit.*, p. 18-19.

³⁴ Obviamente con argumentos diferentes y al margen de la propia LTRHA, la DGRN había venido mantenido reiteradamente casi como aberrante la negativa a inscribir la maternidad a favor de una mujer, pareja de hecho de la madre biológica, respecto del hijo de ésta, por vía del reconocimiento. Tal se manifiesta en Resoluciones de 9 enero de 2002 (RJ 2002/3611), 30 de septiembre de 2004 (RJ 2005/664)(la doble filiación solo sería posible, se indica, por vía de adopción, reservada en tal momento a las parejas heterosexuales) o 5 de junio de 2006 (JUR 2007/130356). Vid. sobre la doble maternidad en estos casos, PANIZA FULLANA, A., “Doble maternidad de hecho y su problemática”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.7/2011 parte Jurisprudencia. Comentarios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011.(Bib/2011/1597).

³⁵ BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, *ob. cit.*, pp. 137-138.

la vida con la usuaria, lo que habría permitido incluir los supuestos de doble maternidad extramatrimonial³⁶.

Puesto que el consentimiento prestado por el varón no casado a que se refiere el citado precepto no supone una atribución directa de la paternidad, sino que se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el artículo art. 44.7, pfo. 2º LRC 2011, habría que entender al menos, que tal debería ser la exigencia y valor del consentimiento de la compañera de la usuaria de las TRA, caso de admitirse, puesto que no existe razón que justifique el tratamiento de un régimen diferente para los varones que comparten (o no)³⁷ la vida con la usuaria respecto de las mujeres que así lo hagan. En cualquier caso como ya hemos apuntado en otro momento, refiriéndonos precisamente a los supuestos de determinación de la filiación de los hijos de parejas heterosexuales, la vía de determinación será en la mayoría de los supuestos la del simple reconocimiento (aunque no viene al caso entrar en ello aquí puesto que no es la realidad a la que nos referimos específicamente, sino al de las parejas de hecho de mujeres).

Pero es evidente que la omisión del legislador no fue involuntaria³⁸, dadas las reticencias iniciales incluso a admitir en 2006 la doble maternidad de dos mujeres casada, que como ya se ha indicado se in-

³⁶ Vid. BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas...” cit., p. 115 y nota 10.

³⁷ Es evidente que la norma prevista en el art. 8.2 LTRHA no exige la existencia de una relación afectiva permanente o de pareja de hecho, tan sólo que el consentimiento lo preste un “varón no casado”, lo que evidencia que no será necesario ni siquiera una convivencia previa con la gestante inseminada, aunque como se puede sobreentender, presumiblemente será su pareja (En este sentido vid. PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”, *ob. cit.*, p. 68.

³⁸ Aunque después de llevar más de una década de vigencia de la LTRHA nos reafirmamos de manera más contundente si cabe, fruto de la propia evolución social y sobre todo jurisprudencial, en la necesidad de una urgente reforma que permita unificar los criterios de determinación de la filiación sin mantener una injustificada y claramente discriminatoria diferenciación que a quien esencialmente perjudica es al interés superior del menor cuya protección se ha venido reiterando de forma más contundente en los últimos años a través fundamentalmente de las reformas legales que así lo han resaltado (Vid. de manera contundente las ya citadas LO 8/2015 y L 26/2015 protectoras de los derechos de la infancia y la adolescencia)

trodujo posteriormente en 2007 (art. 7.3). Y ello, desde nuestro punto de vista, pese al carácter claramente discriminatorio de la exclusión, no sólo en relación con los matrimonios de mujeres, sino y sobre todo en relación con las parejas de hecho heterosexuales³⁹.

¿Qué se desprende sin embargo de la literalidad de la vigente LTRHA?: Que la maternidad vendrá determinada por el parto, correspondiendo por tanto a la mujer gestante, que la mujer que comparte la vida con la madre gestante no es considerada madre por naturaleza (no matrimonial) del nacido, puesto que la posibilidad de consentir la atribución en su favor de la filiación del hijo de su pareja sólo está prevista (art. 7.3 LTRHA) en los casos de matrimonio con la mujer gestante y que para poder atribuir la segunda maternidad a la pareja de hecho de la madre, deberá recurrirse al procedimiento de adopción, posible conforme al art. 178.2.b CC.

Sin embargo, si hemos de añadir mayor sorpresa a la situación, ésta nos la brinda la STS de 15 de enero de 2014 (RJ 2014/1265)⁴⁰ donde en aras de la protección de interés superior del menor y con apoyo en la remisión prevista en el art. 7.1 LTRHA, se considera aplicable el art. 131 CC como vía de determinación de la maternidad extrama-

³⁹ Un criterio diferente mantiene QUICIOS MOLINA, que considera, para justificar tal exclusión que la filiación conviene que quede determinada inmediatamente después del nacimiento con medios sencillos, aun formales y de fácil acceso al Registro Civil, destino natural de la filiación (QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”, *ob. cit.*, p. 223.

⁴⁰ Que precisamente arranca de un supuesto ya resuelto por el propio TS en su Sentencia de 12 de mayo de 2011(RJ/2011/3280) en el que se debatía y se resolvió, sobre la posibilidad de reconocimiento de un régimen de visitas a la pareja de hecho de la madre biológica de un menor, nacido como consecuencia del usos de TRHA durante la vigencia de la relación entre la madre y la demandante. El TS en tal momento, partiendo de la necesaria protección del interés superior del menor, lejos de admitir la existencia de parentesco alguno entre la demandante y el menor de edad, llegó a reconocer el régimen de visitas solicitado, atendiendo a la condición de “allegada” de la mujer demandante. Obviamente en este momento no se planteaba una reclamación de maternidad, como se hace posteriormente en la demanda que da lugar al pronunciamiento del TS en 2014 al que aludimos en estas páginas, pero sí quedaba clara allí la posición del Alto Tribunal respecto a la ausencia de vinculación de tipo alguno entre la demandante y el hijo de la otra mujer, pese a que hubiera existido una previa voluntad procreacional por parte de ambas.

trimonial a quién, no reuniendo los requisitos para ello conforme a la LTRHA (art. 7.3) es considerada como tal por posesión de estado, aplicando con ello criterios claramente previstos por el CC para la búsqueda de la verdad biológica pero no, desde nuestro punto de vista, aplicables cuando la paternidad viene de la mano de la voluntad o consentimiento⁴¹.

Ante tanta contradicción nos parece de nuevo más coherente la solución adoptada en los arts. 235-3 y 235-13 del CCCat. que confieren el mismo tratamiento al consentimiento otorgado por el cónyuge de la usuaria (sea hombre o mujer) que al del hombre o la mujer que comparte la vida con la misma a los efectos de considerar como hijo extramatrimonial de la pareja al nacido de mujer soltera cuya compañera sentimental consiente la fecundación de aquélla con esperma de donante.

2.2.2. Sistema de Inscripción en el Registro Civil de la doble filiación?

La posibilidad de inscribir en el Registro Civil la doble filiación materna aun no existiendo matrimonio entre las progenitoras, ha venido de la mano del propio TS, que en la sentencia ya citada de 15 de enero de 2014, que como ya hemos comentado, admite la doble maternidad al considerar a la que fuera pareja de hecho de la madre biológica como madre igualmente por posesión de estado. Sin embar-

⁴¹ La posición mantenida por el TS en la citada sentencia ha sido muy criticada por la doctrina en la medida en que el Alto Tribunal atribuye a través de su sentencia una maternidad que legalmente no se corresponde con lo legalmente establecido y admitido. Así BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales” *ob. cit.*, pp. 93-136 o VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L., “Determinación de la filiación por posesión de estado en el seno de una pareja de mujeres: el protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación”, *ob. cit.*, pp. 363-367; En igual sentido se manifiesta, compartiendo el contenido del voto particular de la sentencia PÉREZ CONESA, C., “Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 2/2014 parte Comentario*. Aranzadi, BIB 2014/968.

go, a la hora de proceder a la inscripción de la segunda maternidad, no existía ningún respaldo legal previsto en la LRC entonces aplicable (la de 1957), ni tampoco en los momentos actuales en los que deveniría aplicable el art. 44 LRC de 2011, que tan sólo prevé en su párrafo 4 la posible inscripción en los casos de matrimonio entre la madre biológica y la volitiva⁴².

3. FILIACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS DE VARONES, CASADOS O PAREJAS DE HECHO. EL RECURSO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN TALES CASOS

Que el tema de la Gestación por sustitución o Gestación subrogada no es un tema pacífico es algo conocido y sabido socialmente, científica y académicamente. Por ello también es numerosa la doctrina que en los últimos años se ha pronunciado sobre esta realidad y sobre la necesidad o no de regular y reconocer la Gestación Subrogada⁴³,

⁴² Lo que plantea un problema evidente desde el punto de vista de la inscripción registral en los casos de la doble filiación materna en las parejas de hecho de mujeres a las que se les aplica el CCCat, en la medida en que la norma sustantiva aplicable permite la atribución de la doble maternidad mientras que registralmente no existe precepto aplicable a tales supuestos.

⁴³ FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ob. cit.*, pp. 5 ss.; Id., “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones, en M. Casado (coord.) *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*. Ed. Universidad de Barcelona, 2017, p. 195-234; Id., “Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución”, en Alberto Carrio (coord.) Marcial Pons (en prensa); HEREDIA CERVANTES I., “La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados”. En Benavente Moreda P.y Farnós Amorós E (coords). *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Boletín del Ministerio de Justicia. Monográfico. n.º 2179.2015, 339-396; CABEZUDO BAJO, MJ., “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* Núm. 46, Enero-Junio 2017, Editorial Dykinson, pp. 60 a 120; H.PULEO, A., “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado el alquiler de úteros como extractivismo”; *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · primer semestre 2017: 29, 165-

184; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *InDret*, Barcelona, octubre 2018, p. 1 a 41; DE LORA, P., “Gestar para otros: una ecografía de las falacias”. En Rosana Triviño Caballero: *Cuestiones abiertas sobre la Gestación subrogada. Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas* n° 28, 2018, p. 75-86 (el autor ahonda en los argumentos tradicionalmente utilizados por los detractores de la GS, tratando de desmontarlos, para centrar el debate en cuestiones relevantes como las relativas a las condiciones lícitamente estipulables en el contrato, el altruismo o no de la prestación, condiciones personales de las partes y términos del desarrollo y ejecución de los acuerdos); ROCA TRIAS, E., “Dura Lex Sed Lex. O de cómo integrar el interés del menor y la prohibición de la maternidad subrogada”, en Benavente Moreda, P y Farnós Amorós, E., (Coord), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia. Monográfico.* n° 2179, 2015, pp. 301-338; VILA-CORO VÁZQUEZ, A., “Hacia una regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida” en Benavente Moreda, P, y Farnós Amorós, E., (Coord), *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia. Monográfico.* n° 2179. 2015, pp. 283-300. Igualmente desde un posicionamiento crítico sobre la GS, SALAZAR BENITEZ, O., “La Gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120. Es objeto igualmente de estudio desde una perspectiva más antropológica que se aleja del discurso dicotómico para adentrarse en la complejidad que plantea en diferentes ámbitos, analizándolo desde cuatro corrientes diferentes de pensamiento (FERNÁNDEZ GARCÍA, S., HERNANDEZ CORROCHANO, E., KONVALINKA, NA. Y SANCHEZ MOLINA, R., “La Gestación subrogada bajo prismas diferentes. Cuatro corrientes de análisis para un mismo tema”, *Antropología experimental* n° 18, 2018. Texto 21: pp. 319-335 (<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae>). Vid. igualmente VELA SANCHEZ, AJ., *Gestación por encargo: tratamiento Judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler.* Reus. Madrid. 2015. Id. “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia* n° 16, octubre 2017, pp. 1-20. DÍAZ ROMERO, R. *Autonomía de la voluntad y contrato de Gestación Subrogada: Efectos Jurídicos.* Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2018: La autora además de hacer un estudio en profundidad sobre la actual regulación de la GS en España, realiza un análisis detallado dentro del Derecho Comparado; Igualmente desde una perspectiva de la ética de la Gestación subrogada, ORTEGA LOZANO, R. et al: “Gestación subrogada: aspectos éticos”, en Rosana Triviño Caballero: *Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada* *Dilemata, Revista Internacional de éticas aplicadas* n° 28, 2018, p. 63 a 74. En ella los autores realizan un recorrido de las publicaciones de los últimos años para rescatar los principales puntos a favor y en contra de esta práctica. ORTEGA GIMÉNEZ, A. “Los contratos de gestación subrogada en

España". *Diario La Ley*, (9281) 2.2018. GUERRA PALERMO, MJ. "Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La "Gestación subrogada" como nuevo negocio transaccional" en Rodríguez Delgado, J.: *Vulnerabilidad, justicia y salud global. Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n° 26, 2018, pp. 39-51. Desde un posicionamiento claramente crítico contra la GS se manifiesta LÁZARO PALAU CM, "Reflexiones en torno a la maternidad subrogada". En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 19-29: Para la autora la GS constituye un auténtico tráfico de niños, que se hacen por encargo y a medida. Igualmente crítica, tras realizar un análisis de los diferentes intereses en juego, CABRERA CARO, L., "Implicaciones éticas y jurídicas de la Gestación por sustitución: mater Semper certa est?". En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 47-62. También crítica por contraria a la dignidad e integridad física de la mujer gestante y de los menores se manifiesta M.J VAQUERO PINTO, "¿Debe admitirse y regularse la Gestación por sustitución?". *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 229-268. Con cautela analiza el tema SALMERÓN MANZANO, centrando igualmente sus reflexiones en el interés y protección de la mujer gestante y los intereses de los menores (SALMERÓN MANZANO E, "La maternidad subrogada en España: posible regulación legal de un contrato nulo". En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 31-43). Desde el punto de vista de los intereses del menor vid. FERRER VANRELL, Mª P., "El llamado superior "interés del menor" de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos". En Lledó Yagüe Francisco, Ferrer Vanrell, Mª Pilar, Torres Lana, José Ángel y Achón Bruñen Mª José (dirs), Monje Balmaseda, Óscar (coord.). *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Dykinson. Madrid, 2018. pp. 73-100. Sobre la necesidad de reforma a nivel nacional e internacional se pronuncia BLANCO-MORALES LIMONES, P., "Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto". *Millenium. Derecho Internacional Privado*. DiPr. Edit. Tirant lo Blanch. Zaragoza. 2018, n° 1. pp. 1-16. Claramente en contra de su regulación y reconocimiento, califica Alicia PUELO, la GS, en este caso alquiler de úteros, como "extractivismo colonial" o "subcontrato sexual en el patriarcado del consentimiento", considerando que, entre otros, existen tres aspectos relevantes en el debate actual sobre la GS: la conversión de derechos en deseos, la aceptación de la desigualdad y los derechos de las minorías (H.PUELO, Alicia, "Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo" en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · primer semestre 2017: 29, pp. 165-184.

Dentro de las recientes publicaciones que creo resumen de manera muy adecuada, no tanto el estado legislativo sobre la materia sino el estado real ideológico sobre la misma y que pueden de manera positiva contribuir a reorientar

como consecuencia de la evolución legislativa en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Diverso y complejo es igualmente, el diverso y enconado a veces posicionamiento social de diferentes sectores, desde el ético a favor o en contra de su regulación, desde el feminismo divergente en sus posicionamientos (bien rechazando de forma absoluta el recurso a la paternidad por esta vía como contrario absolutamente a la dignidad de la mujer, bien posicionándose a favor del mismo en defensa del interés superior del menor e invocando, desde la perspectiva de la mujer gestante el reconocimiento de su propia autonomía y el derecho a decidir sobre el propio cuerpo)⁴⁴.

el discurso para un adecuado tratamiento del tema debe consultarse LAMM, E., "Repensando la Gestación por sustitución desde el Feminismo": MJ-DOC-13769-AR | MJDI3769

<https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/> (fecha de consulta 3.12.2018). Interesante resulta igualmente la publicación editada por POZZOLO, Susanna, como ronda de cuestiones planteadas a diferentes especialistas de distintas nacionalidades, sobre la situación y reconocimiento de la GS en sus respectivos países desde la perspectiva feminista, así como sobre la posición que debería asumir al respecto la Unión Europea sobre el tema ("Surrogacy" or Pregnancy for others. A first round of opinions". Participants: Antonia Durán Ayago, Anika König, Barbara Katz Rothman, Pilar Benavente Moreda, Susanne L. Goessl, Sophie Dannecker, Laura Nuño Gómez, Cinzia Picocchi, Judit Zeller- AG AboutGender. *International journal of gender studies*. 2016, vol.5, n° 10, pp. 331-357. <http://www.aboutgender.unige.it>.

⁴⁴ Con un carácter absolutamente constructivo debemos mencionar el documento presentado en abril de 2016, "*Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución*" editado por el Grupo de Ética y buena práctica clínica, de la *Sociedad española de fertilidad*. Trabajo coordinado por Rocío Nuñez, Lydia Feito y Fernando Abellán. En él se establecen 13 bases de actuación, que se desarrollan detenidamente a lo largo del documento y en las que se presentan argumentos más que sólidos para afrontar una futura regulación apoyada en criterios rigurosos (<https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>).

Ha de mencionarse igualmente la posición mantenida al respecto por el *Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona*, en el documento presentado sobre "*Gestación por sustitución*", coordinado por María Casado y Mónica Navarro-Michel, presentado en febrero de 2019 y en el que, tras poner encima de la mesa el estado de la cuestión y presentar los argumentos contra la gestación por sustitución con una apoyo esencial en la defensa de la autonomía de la mujer gestante y su explotación así como en la idea, ampliamente debatida

de que el deseo legítimo de formar una familia no se puede utilizar como instrumento para exigir una regulación permisiva de la gestación por sustitución, se presentan los posibles argumentos y exigencias para una regulación garantista en el caso de que finalmente se optase por dar una regulación más completa al tema: a) Control judicial del procedimiento; b) Exclusión de cualquier intermediario con ánimo de lucro; c) Posibilidad de la gestante de cambiar de opinión, incluso tras el nacimiento; d) Control de idoneidad de los comitentes y e) Inscripción registral de la práctica realizada pero con publicidad restringida (http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf).

Absolutamente contrario a la regulación y reconocimiento de la Gestación subrogada se manifestó el Comité Español de Bioética en un largo Informe emitido el 16 de mayo de 2017 (publicado el 19.5.2017) (http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf) que tras hacer un análisis de la actual situación regulatoria, jurisprudencial y social sobre la cuestión, no sólo a nivel nacional sino internacional y analizar los diferentes intereses y derechos en juego, considera que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Incluso, dentro de los criterios generales de actuación de reforma de la legislación vigente se proponía la prohibición universal de la maternidad subrogada internacional (Especialmente crítica con el contenido del informe se manifiesta Carmen Sánchez Hernández, que considera que el mismo poco aporta a la posible solución y esclarecimiento de los problemas ya existentes y constituye, afirma, una prueba más de la falta de interés en torno a la protección normativa que esta realidad social reclama hace ya muchos años, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, *ob. cit.*, pp. 22-25.)

A nivel Internacional no podemos omitir la referencia a la posición, por un lado, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa que en sesión plenaria rechazó por 90 votos en contra, 57 a favor y 7 abstenciones una propuesta de recomendación que apuntaba a elaborar normas que reconocía la gestación subrogada, en la que se pretendían adoptar directrices para garantizar los derechos de los niños respecto a los acuerdos de subrogación (Votación: <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?>; Proyecto: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=23015&lang=en>).

Igualmente el 17 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo aprobó por Resolución el informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia (*Annual report on human rights and democracy in the world 2014 and the EU policy on the matter - 2015/2229-INI*), en el que en su observación nº 115: “Condena la práctica de la GS, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros y de otro

Este debate se evidencia incluso en la propia denominación de dicho sistema reproductivo (gestación por sustitución o subrogada, maternidad subrogada, vientres o úteros de alquiler entre otras) lo que obviamente pone de manifiesto gráficamente la concepción específica y divergente que sobre la misma se tiene.

Lo cierto es que estamos, evidentemente, ante un tema que excede de los límites del análisis puramente jurídico y presenta tantas aristas (éticas, filosóficas, ideológicas, antropológicas e incluso religiosas) que difícilmente podrá llegarse a un acuerdo en la comunidad científ-

tipo; en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia el marco de los instrumentos de los derechos humanos" (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2015-0470&language=EN>)

Sin embargo el posicionamiento de la Conferencia de la Haya en relación con los contratos transnacionales de Gestación por sustitución es muy diferente a lo señalado anteriormente en la medida en que ya desde 2010 ha venido trabajando con proyectos de regulación a nivel internacional al considerar absolutamente necesario dar una respuesta al tema de la protección de los menores implicados en los contratos de gestación y por tanto en los nacimientos en países donde se permite la GS frente aquellos en los que o no se permite, o se prohíbe (<https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>)

Conocido igualmente es el posicionamiento de un sector relevante del feminismo nacional e internacional que se ha manifestado claramente en contra de la regulación de la Gestación por Sustitución por considerarla claramente contraria a los derechos de las mujeres, a su dignidad e integridad, entendiendo que el cuerpo de la mujer ni se puede comprar ni alquilar. Representativa de tal posición es todo el colectivo autodenominado "No somos vasijas" (<http://nosomosvasijas.eu/>). Frente a tal posicionamiento se presenta enfrentada la alternativa del denominado grupo que bajo el eslogan ya histórico: "Nosotras parimos, nosotras decidimos" (<https://nosotrasparimosnosotrasdecidimos.com/index.html>) que fuera referente al defender la libertad y el derecho al aborto, se plantea ahora como nuevo indicador del derecho y la libertad de las mujeres para elegir libremente sobre su cuerpo y sobre la libertad para poder dar vida a favor de otro u otros. Forma parte igualmente del segundo posicionamiento señalado la Asociación "Son nuestros hijos" (<https://www.sonnuestroshijos.com>) que como asociación de familias diversas recurren y han recurrido a la GS como forma de acceder a la paternidad y la maternidad. Defienden la GS no como forma de mercantilización del cuerpo de la mujer sino como medida para permitir el adecuado desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos que todo ser humano tiene con independencia de su orientación sexual, cuestión que se recoge expresamente en un código ético que define su forma de concebir la Gestación subrogada (<https://www.sonnuestroshijos.com/ideario/>).

ca que acomode todas las posiciones. Pero en ningún caso, considero y afirmo en los momentos de escribir estas páginas, se debe impedir o tratar de impedir el debate y la discusión académica sosegada sobre el tema.

Ello determina, por un lado, que la literatura sobre la materia sea inabarcable, en un sentido u otro y que, por otro lado, nuestra pretensión en este momento sea exclusivamente dar respuesta al objetivo estricto de nuestro trabajo: determinar, con los mimbres con los que contamos en los momentos actuales, cómo puede determinarse la filiación de los nacidos recurriendo a la Gestación Subrogada y cuáles son, en su caso, las previsiones en cuanto al sistema de inscripción registral de las mismas.

Y ello, porque no estamos dedicando específicamente esta parte de nuestro trabajo al estudio de la Gestación Subrogada en sí, sino y sólo en la medida en la que hemos de hacer referencia a ella como medio de llegar, junto con la adopción, a la doble filiación paterna en los matrimonios o parejas de varones. Ciertamente sin embargo el recurso a la Gestación por sustitución no es exclusivamente utilizado por parejas homosexuales, lo que se evidencia en la reciente doctrina jurisprudencial del TEDH que ha resuelto precisamente sobre el tema en casos en los que las partes afectadas como comitentes eran precisamente matrimonios o parejas heterosexuales (Así en las sentencias sobre los casos *Menesson y Labassee* contra Francia de 26 de junio de 2014(JUR/2014/176908 y 176905 respectivamente), *Foulon y Bouvet* contra Francia de 21 de julio de 2016(TEDH 2016/61), *Labiore* contra Francia de 19 de enero de 2017 (JUR 2017/14349) o las dos sentencias del caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia de 2015 y 2017(TEDH 2015/17 y JUR 2017/25806).

En todo caso debemos diferenciar entre el tratamiento de la Gestación Subrogada desde el punto de vista de la normativa interna española prevista en la LTRHA reguladora de la misma dentro del ordenamiento jurídico español y como norma que da o dé respuesta a quienes pretendieran recurrir a dicha técnica en España⁴⁵, frente a los supuestos más complejos de Gestación Subrogada Internacional, en

⁴⁵ Donde evidentemente no solo se analiza qué legislación existe y es aplicable al respecto, sino además, si debe acometerse una regulación permisiva que dé

los que ya se ha producido un nacimiento fuera de España, sometido a una normativa extranjera permisiva (incluso para nacionales de países que prohíben, no regulan o lo hacen como en España, declarando nulo el contrato), en la que se encuentren implicados como comitentes o padres de intención, ciudadanos españoles que a posteriori pretenden inscribir en el Registro Civil a los nacidos, como hijos suyos.

Por tanto ha de darse respuesta a dos cuestiones: ¿Debe permitirse la Gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español? (Obviamente hablamos de permitir y no de regular, puesto que regulación existe, la del artículo 10 LTRHA); ¿Debe darse una respuesta positiva, coherente y uniforme a los nacimientos producidos mediante Gestación subrogada en el extranjero?

Ambas cuestiones han de ser entendidos y abordados de forma diferente, aunque evidentemente de la respuesta que el ordenamiento español ha dado a la cuestión depende obviamente parte de la respuesta que se está dando a los supuestos de Gestación Subrogada producidos en el extranjero, y al mismo tiempo, de la respuesta que se dé y como se está abordando la determinación e inscripción de los nacimientos ya producidos en el extranjero se va a ver condicionada, creemos, la que a la larga deba darse a nivel interno en el ordenamiento español.

En cualquier caso nuestra misión ahora es trasladar a estas páginas la forma de determinación de esas “dobles paternidades” y su forma de inscripción tanto en un caso como en los otros.

3.1. Normativa interna. La Gestación subrogada y nacimiento en España

3.1.1. El artículo 10 de la LTRHA. Nulidad del contrato de Gestación Subrogada

Es evidente que una pareja de varones casados o unidos en pareja de hecho, pueden llegar hoy, tras la reforma operada al respecto en el CC por la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección

respuesta a la demanda de parte de la sociedad, tal y como se presenta en los proyectos y proposiciones legales hasta ahora en debate.

a la Infancia y la Adolescencia, a la doble paternidad a través de la Adopción conjunta o sucesiva⁴⁶ según prevé el vigente art. 175.4 CC o a la adopción de los hijos de uno de ellos por el otro. La inscripción de la filiación así determinada constará, conforme al art. 44.6 LRC de 2011, atendiendo a la resolución judicial o administrativa que la haya constituido, quedando sometida al régimen de publicidad restringida prevista en la propia LRC.

La vía de determinación de la filiación a la que pretendemos referirnos se encuentra directamente vinculada con la posibilidad del recurso, por parte de un matrimonio o pareja de hecho de varones, a la Gestación por sustitución para llegar a la doble paternidad.

Y si estrictamente nos centramos en este momento en la regulación prevista al efecto en la vigente LTRHA, es obvio que, de conformidad con lo previsto en su artículo 10, ello no será posible, al menos como doble filiación por naturaleza, en la medida en que conforme al citado precepto se establece la nulidad del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación en tales casos vendrá determinada por el parto, sin perjuicio de permitir el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación de paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales.

Así pues, aun en el supuesto en el que al amparo de la LTRHA, se produjera una gestación en la que la gestante hubiera convenido

⁴⁶ Como ya señalamos inicialmente, no era nuestra pretensión abordar en este trabajo los supuestos de filiación derivada de la adopción, que ha sido objeto de una nueva regulación como consecuencia de la reforma operada en la materia en el CC por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015) y ha sufrido esenciales alteraciones, entre ellas la posibilidad de adopción conjunta, simultánea o sucesiva por parte de los miembros de una pareja de hecho unida por análoga relación de afectividad a la conyugal, que ya analizamos en un anterior trabajo, precisadamente poniendo de manifiesto la dificultad que antes de la reforma operada en 2015 ofrecía la legislación española en relación con la posible adopción por parejas de hecho del mismo sexo al no existir una regulación expresa que así lo permitiera y por el contrario existir una pluralidad de normativas autonómicas que al hilo de la regulación de las parejas de hecho habían afectado directamente a ésta creando un marco normativo complejo y difícil de coordinar. (BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho del mismo sexo...” *ob. cit.*, p. 117 a 123).

previamente la cesión del nacido al aportante del espermatozoides o a una pareja concreta (ya se trate por tanto de una fecundación homóloga por aporte de material genético del varón, o de una fecundación completamente heteróloga ante la ausencia de material genético de ambos), la filiación materna se corresponderá con la determinada por el parto y la paterna, en caso de estar casada la mujer gestante sería atribuida, en principio, a su cónyuge por aplicación del art. 116 CC.

No obstante, conforme se acaba de indicar y se desprende del art. 10.3 LTRHA, la nulidad del contrato de Gestación Subrogada no implicaría la ausencia de efectos filiatorios en relación con el comitente aportante del espermatozoides, que podría ejercitar las acciones correspondientes para reclamar la paternidad. Por ello entendemos posible el acceso a la inscripción directamente conforme al art. 120.1 CC, el reconocimiento previsto en el art. 120.2 en relación con el 124 CC como vías extrajudiciales de determinación o, en su caso, el ejercicio de la acción de reclamación de filiación extramatrimonial conforme a lo dispuesto en el art. 133 CC.

Sin embargo no existe norma alguna dentro de la LRC que prevea el sistema de inscripción por parte del comitente que aportó su espermatozoides a la fecundación, más allá de la norma contenida, como hemos visto, en el párrafo 3º del art. 10 LTRHA que posibilita el acceso a la paternidad mediante las oportunas acciones de reclamación de filiación, por lo que técnicamente atendiendo nuevamente al art. 7.1 del mismo cuerpo legal, que remite en lo no previsto por sus arts. 8 a 10, a las Leyes civiles, relativas a la regulación de la filiación, habremos de convenir que tal remisión no sólo se haría a las normas del CC como hemos tenido ocasión de señalar, sino también a las normas reguladoras de la materia en la LRC, esto es, al art. 44.4, donde respecto de la filiación materna se especifica que (salvo en los supuestos previstos en el art. 48 referido a los menores abandonados y a los no inscritos) en toda inscripción de nacimiento acaecido en España, se hará constar necesariamente la filiación materna.

Respecto a la filiación paterna, en los casos en que nos encontramos (paternidad por parte del aportante de espermatozoides no casado con la mujer gestante), habría que recurrir al apartado b), párrafo 3º del art. 44.4 LRC (manifestación de la conformidad del padre a la determinación de la filiación en el momento de la inscripción del hijo, siempre

que no resulte contraria a las presunciones establecidas en la legislación civil o no existiere controversia), o bien al art. 44.7 LRC, a través del reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción del hijo, remitiéndose la LRC en este punto a las formas establecidas en el CC a las que hemos hecho ya referencia. Igualmente (art. 44.7 pfo. 2º) podrá inscribirse dicha filiación mediante expediente aprobado por el encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada si concurre (en cuanto afecta al supuesto que comentamos) posesión de estado por parte del hijo respecto del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.

Tras tales reflexiones podríamos concluir que, aun en la hipótesis en la que se llevara a cabo un contrato de Gestación por sustitución en España⁴⁷, en la medida en que tal hecho entendemos y consideramos que no está prohibido, sino que simplemente es nulo, cual se desprende del propio texto del art. 10 LTRHA, no dejaría de tratarse de un supuesto de filiación extramatrimonial en la que, dependiendo de si la mujer gestante está casada o no, podrá determinarse la

⁴⁷ Realmente el supuesto contemplado en el art. 10.3 LTRHA no deja de ser un supuesto de “ciencia ficción” o en el que el legislador estaba pensando no en la GS celebrada en España sino celebrada en el extranjero. Y ello porque, parece absolutamente improbable, no que se subrogue la gestación, que es algo absolutamente posible, sino que ésta se celebre al amparo de la LTRHA, precisamente porque, aun no siendo un contrato prohibido, la consecuente nulidad de su celebración hacen imposible que ésta se llegue a practicar al amparo de la LTRHA, por lo que, celebrada sin la cobertura de dicha ley, estaríamos ni mas ni menos que ante un proceso de gestación ordinaria sometido a las leyes civiles ordinarias y por tanto, aportando uno de los comitentes su material genético, sería obvia la posibilidad, acorde con las citadas normas civiles, de que quedase determinada su paternidad al ser biológicamente el progenitor.

No toda la doctrina sin embargo realiza las mismas valoraciones en la medida en que para un amplio sector doctrinal el contrato de Gestación subrogada se encuentra prohibido en España, teniendo origen tal prohibición, en palabras de VAQUERO PINTO, en el Informe Palacios aprobado por el Congreso de los Diputados el 10 de abril de 1986. Esta prohibición se justifica además, según la autora en la afectación de principios básicos del ordenamiento jurídico como la dignidad de la persona que impide comerciar con el cuerpo humano, la vida del futuro niño y la indisponibilidad del estado civil (VAQUERO PINTO, M.J., “¿Debe admitirse y regularse la Gestación por sustitución?”, *ob. cit.*, pp. 235-236.

filiación paterna real conforme a las propias normas previstas por el CC para el ejercicio de la determinación extrajudicial o judicial de la paternidad.

Obviamente el problema en estos casos se encontraría para determinar la paternidad del cónyuge o pareja de hecho del comitente aportante del espermatozoides que se utilizó para la fecundación.

3.1.2. Las propuestas de regulación interna y reconocimiento de la Gestación subrogada como cauce para la determinación de la doble paternidad en parejas homosexuales

En los últimos años ha habido varios intentos de regulación de la Gestación Subrogada, en forma de Propositiones no de ley o Propositiones de Ley. La primera que se conoce es la Proposición no de Ley presentada en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia (UPyD), de 10 de febrero de 2015 en la que se solicitaba la derogación del art. 10 LTRHA e instaba a su regulación a nivel interno para regularizar lo que en la práctica ya se venía realizando desde hace años. Propuesta que fue desestimada por la Comisión de Justicia de 20 de octubre de 2015⁴⁸.

Igualmente el Grupo Parlamentario de Ciudadanos en la Asamblea de Madrid presentó el 3 de marzo de 2016, una Proposición no de Ley, para su debate y aprobación en el Pleno de la Asamblea, con la finalidad de que ésta instara al Gobierno de la Nación a legislar sobre la Gestación Subrogada, para garantizar los derechos de todos los intervinientes en la misma y fundamentalmente los menores implicados en los procesos de Gestación⁴⁹.

⁴⁸ El contenido de la citada Proposición no de Ley era muy genérico y sin un desarrollo específico de todos los aspectos colaterales implicados en una hipotética regulación. Pero en ella se sentaban las bases incipientes de la regulación que posteriormente se contienen en la propuesta del Grupo Parlamentario de Ciudadanos (carácter altruista, características de la mujer gestante, promoción de un marco normativo dentro de la UE para establecer una regulación común sobre GS, etc.(BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D, nº 615. 23.2.2015). La desestimación aparece publicada en BOCG. Congreso de los Diputados. Serie D. nº 751. 29.10.2015).

⁴⁹ Se trataba de la Proposición no de Ley (PNL) - 51/2016 (X), tramitada por vía del art. 205 R.A, que fue desestimada.(Acuerdo de Mesa: B.O.A.M. Número:49

En 2017 se presentó en el Congreso de los Diputados, por el mismo Grupo Parlamentario de Ciudadanos, la Proposición de Ley 122/000117, Reguladora del Derecho a la Gestación por Subrogación (BOCG. 145-1. Congreso de los Diputados. 8.9.2017) que estaba siendo objeto de debate hasta el momento de disolución de las cámaras tras la convocatoria de elecciones del día 28 de abril de 2019⁵⁰. De ella daré cuenta brevemente a continuación, fundamentalmente en relación con los aspectos que nos interesan en cuanto al sistema de determinación de la filiación⁵¹. Tras la caducidad de esta primera

de fecha 10/3/2016 desde la página 5458 hasta la página 5460 B.O.A.M.: 49; Sesión plenaria: DD.SS. Número:166 de fecha 17/3/2016 desde la página 9260 hasta la página 9271 DD.SS.: 166 y Sesión plenaria B.O.A.M. Número:52 de fecha 31/3/2016 desde la página 5736 hasta la página 5736 B.O.A.M.: 52 (<http://www.asambleamadrid.es/ES/ActividadParlamentaria/IniciativasLeyes-yResoluciones/Paginas/DetalleIniciativa.aspx?IdIni=211599>).

⁵⁰ La Proposición se encontraba en situación de Toma en Consideración en el Pleno del Congreso desde el 16 de octubre de 2017 hasta el 5 de marzo de 2019 y actualmente concluido desde dicha fecha, como consecuencia de la citada convocatoria de elecciones. (http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas/PropLey?_piref73_1335476_73_1335473_1335473.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FM T=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLBA.fmt&QUERY=%28proposicion+adj 2+ley%29.tipo.&DOCS=217-217) (fecha de última consulta: 28.4.2019).

⁵¹ Sobre el contenido de la propuesta se pronuncia y analiza FARNÓS AMORÓS, E., “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución” (en CARRIO, A. (Coord.), Marcial Pons, Barcelona (*en prensa*). Destacable, por ser una de las cuestiones más problemáticas desde nuestro punto de vista, es el planteamiento de la autora sobre el posible arrepentimiento de la mujer gestante, ap. 4.6 del trabajo, que centra parte de la solución en la existencia del control judicial “ex ante” así como en el anticipo en la fase previa negociadora, de soluciones para casos semejantes. Igualmente vid. DÍAZ ROMERO MR., *Autonomía de la voluntad y contrato de Gestación Subrogada: Efectos jurídicos*, ob. cit., pp. 91-97; FERRER VANRELL, M^a P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”, ob. cit., pp. 95-100. Se analizan específicamente por esta autora los aspectos de la propuesta relacionados con el carácter altruista de los contratos (donde se manifiesta claramente desconfianza con las bondades y efectividad de tal medida dadas las dificultades y problemas propios de un embarazo), así como las cuestiones relacionadas con el interés superior del menor y la salvaguarda de la gestante, que considera se vulnerarían con la aprobación de tal regulación; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española” ob. cit., pp. 28-29. La autora plantea en su trabajo lo que considera serían las bases adecuadas para

Proposición de 2017, el 3 de julio de 2019 se presenta, ya ante la nueva configuración del Congreso del Congreso de los Diputados en la nueva Legislatura, otra nueva Proposición de Ley⁵².

El ambas Proposiciones se parte del carácter altruista de la subrogación (art. 5), que sólo admite los supuestos de Subrogación Gestacional (art. 6) en la que la mujer gestante no puede aportar material genético propio. Sin embargo frente a la Proposición de 2017, en la que se excluía la existencia de vínculos de parentesco consanguíneo con el o los progenitores subrogantes (art. 4.3), en la Proposición de 2019 desaparece tal exigencia del citado artículo 4.3 que en una

una futura regulación de la GS (definición del tipo de GS que se pretende regular, determinación de los requisitos de las partes: mujer gestante, progenitor o progenitores comitentes, carácter gratuito u oneroso del acuerdo, carácter revocable o irrevocable del acuerdo y por tanto momento de determinación de la filiación, intervención judicial en el proceso y sus consecuencias, regulación del derecho de los menores a conocer sus orígenes, exclusión de agencias intermediarias, cobertura médico sanitaria entre otras cuestiones).

Aun antes de la publicación de la Propuesta la doctrina ya había venido manejando los criterios que serían necesarios para una regulación adecuada sobre la GS, tal y como hace CABEZUDO BAJO sobre el análisis comparativo con la regulación permisiva vigente en California (CABEZUDO BAJO MJ., “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”, *ob. cit.*, pp. 59-120).

⁵² En fase de corrección de las segundas pruebas de este trabajo se ha incorporado una nueva Proposición de Ley del mismo Grupo Parlamentario de Ciudadanos, la Proposición de Ley de 3 de julio de 2019, una vez constituidas las Cámaras de la XIII Legislatura (Proposición nº 122/000015)-BOCG 16 de julio de 2019-Serie B, nº 46.1, p. 2-12).

En lo que se refiere al tema de la filiación que es objeto del presente trabajo el contenido básicamente reproduce lo recogido en este trabajo en relación con la Proposición de Ley de 2017, por lo que se mantiene la redacción original del texto. Sin embargo han variado algunas cuestiones en la segunda Proposición de Ley respecto de la primera, que básicamente tienen que ver con la posibilidad de permitir la Gestación por sustitución existiendo relaciones de parentesco entre la mujer gestante y los comitentes, con la exigencia expresa de la acreditación de la idoneidad de los comitentes mediante la aportación del correspondiente “certificado de idoneidad”, así como con la sustitución del control notarial por el control judicial, en lo que se refiere al proceso de celebración y desarrollo del contrato de Gestación por sustitución, lo que supone desde mi punto de vista afrontar un proceso más garantista para los intereses afectados, básicamente el de la mujer gestante y el de los menores que puedan nacer como consecuencia de tal proceso.

redacción un tanto compleja y confusa no excluye “ex ante” la posibilidad de que tal vínculo de consanguinidad exista, lo que será posible y se concretará como viable si así se considera adecuado si concurren en la gestante las condiciones médicas y psicológicas adecuadas para, pese a la relación de parentesco acometer el proceso de gestación⁵³.

Conscientes los proponentes de la necesidad de proteger los derechos de la mujer gestante las propuestas dedican específicamente dos preceptos (los artículos 6 y 7) a regular los derechos de la mujer y los requisitos para ser gestante.

Se regulan igualmente los requisitos exigidos al o los progenitores subrogantes (art. 8) y entre ellos la necesidad de que al menos uno de ellos aporte material genético propio. De forma que en todo caso, la fecundación nunca podría ser absolutamente heteróloga. Novedoso en la Proposición de 2019 frente a la de 2017 es que la acreditación de la capacidad, aptitud y motivación para ejercer las responsabilidades parentales, deberá documentarse mediante “certificado de idoneidad” conforme a los criterios que reglamentariamente se establezcan. No hablaba la propuesta de 2017 de la acreditación mediante tal certificado, lo que aproxima las exigencias de los progenitores comitentes a las de los adoptantes en este punto.

No estaría de más la exigencia de algún tipo de evaluación adicional (o al menos mencionada en el certificado de idoneidad) en aquellos casos en los que exista parentesco por consanguinidad con la mujer gestante, de la misma forma que se le exige a ella para permitir considerarla como apta en tales casos.

Al margen de que las proposiciones de Ley se centran en otros aspectos fundamentales de la Gestación subrogada (como el contrato de gestación —art. 9—, las reglas específicas relativas al Registro

⁵³ En algún caso, como es el de la Ley 19.167 TRHA de URUGUAY, de 29 de noviembre de 2013, debe existir necesariamente relación de parentesco de 2º grado de consanguinidad entre gestante y subrogante o su pareja, y se permite además que la gestante aporte su propio material genético, esto es, que sus óvulos sean fecundados con esperma de alguno de los comitentes. (Promulgación: 22/11/2013; Publicación: 29/11/2013 (Registro Nacional de Leyes y Decretos: Tomo: 2; Semestre: 2 (2013), página: 2088) Reglamentada por: Decreto N° 84/015 de 27/02/2015 y Decreto N° 311/014 de 30/10/2014. (<https://www.imo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>).

Nacional de GS —arts. 15 a 19— o las reglas sobre infracciones y sanciones (arts. 21 a 27), nos interesa entrar más específicamente en el Capítulo III (arts. 10 a 14) dedicado fundamentalmente a los criterios establecidos para la determinación de la filiación. Obligado es sin embargo hacer referencia, en relación con el citado artículo 9, a una de las novedades fundamentales de la Proposición de Ley de 2019 frente a la de 2017, de gran relevancia y trascendencia: la necesaria aprobación judicial del contrato de Gestación por sustitución. Tal exigencia implica que, frente a la unidad de acto prevista en 2017 al otorgarse el contrato de GS ante notario, con carácter previo al uso de cualquier técnica de reproducción asistida, en 2019 aparecen dos momentos diferentes con relevancia en el proceso, lo que si bien queda meridianamente claro a la hora de regular esos dos momentos en el artículo 9, no ha sido objeto de abordaje posteriormente al delimitar en el Capítulo III las cuestiones que tienen que ver con la fecundación, el parto y la determinación de la filiación de los nacidos.

Caber decir que en ambas Proposiciones se incurren, creemos, en las mismas debilidades y defectos que se podían predicar de la LTRHA de 2006, agravadas en todo caso por la desatención, consciente o no, de las llamadas de atención que se han hecho al respecto desde la puesta en marcha de la Ley de Técnicas, relativas por ejemplo al reconocimiento de una nueva fuente filiatoria derivada de la voluntad procreacional, de la aplicación de las reglas del CC sobre determinación, reclamación o impugnación de la filiación biológica con las incoherencias a lo que ello conduce, o de la falta de conexión previosa del legislador, de coordinar la normativa sustantiva prevista en el texto que se propone, con las disposiciones de la LRC de 2011, máxime cuando en estos momentos ya existe (cosa que no ocurría en 2006 cuando se aprobó la LTRHA) una LRC parcialmente en vigor, al menos en lo que se refiere a los preceptos aplicables a la inscripción del nacimiento y la filiación.

Por otro lado resulta cuanto menos llamativo que la regulación que se propone no se haya incardinado dentro de un proceso de modificación de la propia LTRHA en la medida en que, aunque se puede considerar que la Gestación por sustitución no se trata de un tipo especial de TRA, sí es cierto que no sólo se incluyó y así consta, dentro de la LTRHA al regularla en su art. 10, sino que a ella se llega utilizando específicamente los instrumentos previstos por dicha normativa.

Nos referimos a algunos de los aspectos relevantes en relación con la determinación de la filiación, comunes a ambas Proposiciones de Ley:

- a) *En cuanto a la determinación legal de la filiación* (arts. 11 y 12)⁵⁴, la Propuesta vuelve a reproducir en el primero de los preceptos citados el esquema del artículo 7.1 LTRHA que tantos problemas ha provocado en la práctica al remitirse a las leyes civiles en cuanto a la regulación de la filiación de los nacidos

⁵⁴ La redacción de los preceptos que analizamos a continuación no varía entre las Proposiciones de ley de 2017 y 2019, a salvo que en 2019 se utiliza la expresión “Gestación por sustitución” donde en 2017 se habla de “Gestación subrogada”. Como se puede observar sin embargo no en todos los preceptos del nuevo texto se ha introducido la modificación citada, quizás por la premura del partido proponente para su presentación al comienzo de la legislatura (y con la oportunidad de su coincidencia con las fiestas del Orgullo Gay 2019). En todo caso nos referimos obviamente a los preceptos de la propuesta de 2019:

Artículo 11. *Filiación de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución:* 1. *La filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución se regulará por las leyes civiles, a salvo de las especificaciones establecidas en los artículos siguientes.* 2. *En ningún momento se establecerá vínculo de filiación entre la mujer gestante por subrogación y el niño o niños que pudieran nacer.* 3. *En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación.* 4. *En caso de parejas, el progenitor subrogante que no hubiese aportado material genético a la gestación por subrogación podrá manifestar, conforme a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto del hijo o hijos del progenitor subrogante que sí lo hubiese aportado.*

Artículo 12. *Determinación legal de la filiación:* 1. *La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por sustitución y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer, no podrán impugnar la filiación del hijo o hijos nacidos como consecuencia de tal gestación.* 2. *A los efectos previstos en el artículo 45 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, será el progenitor o los progenitores subrogantes los obligados a promover la inscripción correspondiente, debiendo aportar copia autenticada del contrato de gestación por subrogación debidamente registrado.* 3. *Se considera documento oficial a los efectos previstos en el apartado 3 del artículo 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, el contrato de gestación válidamente formalizado.* 4. *La revelación de la identidad de la mujer gestante por subrogación o del donante no progenitor subrogante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, no implica en ningún caso determinación legal de la filiación.*

mediante Gestación por sustitución. La redacción de su párrafo primero es exactamente la misma.

Se excluye expresamente la vinculación filiatoria del niño o niños que pudieran nacer con la mujer gestante y, reproduciendo el contenido del art. 7.2 LTRHA se declara el carácter reservado de la inscripción de la filiación en el Registro, que en ningún caso reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación⁵⁵

El sistema previsto para la determinación de la filiación con el progenitor que no aporte el material genético creemos que, en caso de prosperar la propuesta, debería ser objeto de revisión para evitar la confusión (ya de por sí latente en la propia LTRHA) entre los diferentes tipos de consentimientos previstos y posibles.

Así, en caso de parejas, conforme al art. 11.4, el progenitor que no aporte material genético, se señala, podrá manifestar el consentimiento conforme a la LRC, para que se determine a su favor la filiación respecto del hijo/s del progenitor subrogante que sí lo hubiera aportado. Entendemos en este caso que la remisión parece entenderse asimilable a la prevista en el art. 7.3 LTRHA ya que prácticamente la redacción que se da a la norma es la misma y por tanto asimilable igualmente para hacer aplicable la regla del art. 44.5 LRC prevista para la inscripción de la doble maternidad matrimonial. Dicho esto, es evidente que el art. 11.4 mencionado no dice conforme a qué norma de la LRC de 2011 ha de prestarse el consentimiento y por tanto

⁵⁵ La formulación del apartado 3 del art. 11, igual que el apartado 2 del art. 7 LTRHA, resulta desde nuestro punto de vista una mera declaración de intenciones, útil sólo en los casos en los que los progenitores subrogantes constituyan una pareja heterosexual, donde de no indicar nada en el Registro sobre el origen de la generación, nada puede inferirse sobre el mismo realmente. No ocurre así en la hipótesis en que los progenitores subrogantes sean dos varones, porque por mucho que no se indique el origen de la generación (mediante el recurso a la Gestación Subrogada), la inscripción de la doble paternidad conforme a los parámetros de la LRC exclusivamente podrá producirse precisamente en los casos de GS. En definitiva, a los únicos que favorece tal reserva es fundamentalmente a las parejas heterosexuales que recurran a la GS como medio para alcanzar la paternidad y a los hijos de las mismas.

conforme a cuál de los posibles consentimientos que prevé la LTRHA y la propia LRC se asimilará dicho consentimiento, habida cuenta de que la LRC citada prevé diferentes tipos de consentimiento.

Es más, la alusión a dicho consentimiento para ser considerado como progenitor de los hijos del progenitor subrogante que sí hubiera aportado material genético, se compadece poco con el resto de las normas de la Propuesta, de las que se deduce claramente que la vinculación filiatoria existe desde el mismo momento en que, celebrado el contrato de gestación (ex art. 9), se produzca la transferencia embrionaria a la mujer gestante (ex. art. 10. 1 y 2).

Igualmente se desprende la vinculación citada en el párrafo anterior, por si existiera alguna duda al respecto, del contenido del art. 12 de la Proposición, conforme al cual: Una vez producida la transferencia embrionaria, ninguno de los progenitores subrogantes podrá impugnar la paternidad de los nacidos (12.1); serán dichos progenitores los obligados a promover la inscripción en el Registro (art. 12.2) conforme exige el art. 45 LRC de 2011 y además, por si hubiera alguna duda más al respecto, el propio art. 12.3 manifiesta que, a los efectos de lo previsto en el art. 44.3 LRC (práctica de la inscripción sobre la existencia del documento oficial que acredite el nacimiento), se considerará como tal el contrato de gestación válidamente formalizado. Por tanto parece evidente que la determinación de la filiación respecto del progenitor no aportante del material genético no se determina por el consentimiento posterior al nacimiento sino, como en el resto de los casos previstos en la LTRHA (excepto el extraño supuesto del art. 7.3 para la doble maternidad matrimonial), mediante el previo consentimiento, manifestación clara de la voluntad procreacional, expresado en caso de llegar a ella a través de la Gestación por sustitución, en el propio contrato celebrado al respecto entre los comitentes y la mujer gestante y una vez que éste sea aprobado por la autoridad judicial conforme se prevé en la Proposición de 2019.

- b) La Proposición prevé las consecuencias de la premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes, así como del fallecimiento de los progenitores subrogantes durante la gestación.

A la primera situación da respuesta su art. 13⁵⁶, con matices parecidos a los establecidos en el art. 9 LTRHA regulador de los efectos de la premoriencia del marido y por tanto de los efectos de la fecundación post mortem. De hecho, se ha tratado de adaptar la redacción de éste último precepto a la situación ¿“análoga”? de premoriencia de uno de los progenitores subrogantes, con poco éxito desde nuestro punto de vista. Y ello por una cuestión meramente numérica: en el caso de la fecundación post mortem del art. 9 LTRHA, tan sólo cabe la posible premoriencia de una persona, el marido de la mujer gestante, mientras que en el caso aparentemente regulado en el art. 13 de la Propuesta es posible que premueran ambos, que premuera el aportante de gametos o que premuera quien no aportó material genético alguno y sólo dio su consentimiento en el contrato de gestación subrogada para convertirse en progenitor legal del marido.

Estas variables creemos que no son contempladas de forma adecuada por la norma propuesta. Realmente lo que se hace en el citado precepto es pensar en la situación de premoriencia del progenitor aportante de material genético que hubiera prestado consentimiento para su utilización en los 12 meses siguientes

⁵⁶ “Artículo 13. Premoriencia de uno de los dos progenitores subrogantes: 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo o hijos nacidos como consecuencia de la gestación subrogada regulada en esta Ley y el progenitor fallecido, salvo que en el momento de su muerte ya se hubiese producido la transferencia embrionaria al útero de la mujer parte del contrato de gestación por subrogación. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, siempre que el progenitor subrogante fallecido hubiese prestado su consentimiento previamente en el contrato de gestación subrogada y hubiese aportado su material genético, podrá ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para la fecundación y posterior transferencia embrionaria a la mujer parte del contrato de gestación por subrogación. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación.

El consentimiento para la aplicación de la gestación subrogada en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de ésta”.

a su fallecimiento, supuesto en el que, con la misma respuesta que ofrece el art. 9 LTRHA, dicho progenitor sí podría quedar determinado como tal respecto del hijo fecundado tras su fallecimiento. No, sin embargo respecto del otro progenitor que no aportó su material genético.

La segunda cuestión, que por razones obvias no se contempla en la LTRHA, en la medida en que, en la GS, se disocian gestación y paternidad, se refiere al supuesto en que fallezcan durante la gestación el o los progenitores subrogantes, que se comprometieron mediante el correspondiente contrato a asumir la paternidad desde el momento mismo de su celebración y desde la misma implantación embrionaria. En tal caso el contrato de GS mantendrá su validez a efectos de determinar la filiación del o los fallecidos, debiendo inscribirse la misma por parte de las personas obligadas a ello según el art. 45 LRC de 2011. A ello da respuesta el art. 14⁵⁷.

3.2. Nacimientos en el extranjero y los problemas de su reconocimiento en España. Los problemas de inscripción de dichos nacimientos en el Registro Civil Español. Propuestas legales e intentos de regulación

3.2.1. Breve análisis de la situación legal y jurisprudencial. Posicionamiento contradictorio entre la DGRN y el TS

Posiblemente se resuma la situación en la que se encuentra nuestro ordenamiento jurídico en este punto, como de caótica jurídicamente

⁵⁷ Nos planteamos, en la hipótesis de prosperase esta u otra Proposición de Ley como la que analizamos, si ante la opción prevista en el art. 14 señalado y en previsión de que ello pudiera ocurrir, cabría la posibilidad de dar juego a la autonomía de la voluntad de forma que los progenitores subrogantes pudieran haber pactado previamente en el propio contrato de GS una solución diferente sobre la filiación del nacido, para el caso de fallecimiento de ambos progenitores durante el proceso de gestación. Esto es, si cabría la posibilidad de pactar en tal supuesto la atribución de la paternidad a la propia mujer gestante. Desde nuestro punto de vista creo que sería impensable tal opción, que podría considerarse como un acto de disponibilidad sobre el estado civil del nasciturus y por tanto indisponible al juego de la autonomía de la voluntad.

y carente de una regulación y respuesta unánime que permita afirmar que en los momentos actuales se está actuando en un tema tan sensible, con una coherencia elemental. No sólo existe una contradicción de planteamientos entre la DGRN y el TS, sino incluso en el seno de la propia DGRN.

Quizás estas palabras previas puedan resultar inusitadamente duras, pero desde nuestro punto de vista son afirmaciones que posiblemente compartan, creemos, tanto quienes estimamos que ha de darse una respuesta permisiva al tema de la Gestación por sustitución Internacional y nacional, como por parte quienes se oponen a la misma.

Aunque en otro momento, al analizar precisamente la posible filiación de los hijos de parejas, casadas o no, de varones⁵⁸, ya hicimos referencia a la evolución que se estaba produciendo al respecto, ciertamente tan sólo se dio cuenta entonces (año 2011) del estado de la cuestión incipiente. Aunque ya entonces se puso de manifiesto que resultaba inadecuado (como ahora ratificamos) que la solución al tema viniera de la mano de la solución del caso concreto⁵⁹ y no

⁵⁸ BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual” *ob. cit.*, pp. 103 a 114.

⁵⁹ De hecho, como brevemente analizaremos, la respuesta específica que, desde la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/833) y Auto TS de 2 de febrero de 2015 (RJ/2015/141) ha unificado el tratamiento, al menos desde la perspectiva jurisprudencial, arranca de un supuesto específico de GS llevada a cabo en California, con unas características y condicionantes concretos y determinados, relativo a una pareja de varones que recurrieron a dicha TRA bajo el amparo de la legislación Californiana que respaldaba específicamente el supuesto. Ciertamente no sólo o no exclusivamente ha sido la resolución del caso concreto la que, en puridad ha provocado todo el desarrollo posterior, ya que ciertamente se ha partido como referente legal de apoyo del contenido del art. 10 LTRHA al que aludimos más arriba. Pero lo cierto es que ha sido el tratamiento y evolución de “ese caso” el que ha constituido la columna vertebral del debate y del posicionamiento judicial y social, acompañado de una posición contradictoria de la DGRN que presenta un panorama cuanto menos llamativo al ser conscientes de que en España existen parejas que han podido inscribir a sus hijos como tales, otras que no y otras que, en unos casos ha podido y en otros han tenido que recurrir al procedimiento de adopción para poder constar como progenitores de los hijos nacidos en el extranjero.

Obviamente este panorama “dice poco y malo” del engranaje jurídico de un ordenamiento que crea cuanto menos una situación y sensación de inseguridad

de una forma de legislar pausada y meditada en consonancia con la trascendencia que requiere legislar en materia de filiación por un lado, y coordinar lo que se legisla con el resto de la normativa sobre la materia aplicable al caso⁶⁰.

En 2009 la DGRN (R. de 18 de febrero (DGRN/2009/1735) resuelve por primera vez sobre la solicitud de dos ciudadanos españoles, varones, casados en 2005, de inscripción en el Registro Civil Consular de Los Ángeles (Estados Unidos), del nacimiento de sus hijos, nacidos en San Diego, California, en octubre de 2008, mediante “gestación por sustitución”. El Encargado del Registro Civil Consular, denegó lo solicitado por los interesados, con apoyo en la prohibición de la denominada “gestación de sustitución” (art. 10 LTRHA). Los padres interpusieron recurso ante la DGRN, solicitando la inscripción de los menores en el Registro Civil español. La DGRN admitió el recurso y aceptó la inscripción de los nacidos como hijos del matrimonio, por aplicación del art. 81 RRC⁶¹. La DGRN consideró además que la certificación registral californiana (que es lo que se había aportado para

jurídica, que en definitiva, y ello es lo relevante, perjudica seriamente a la parte más débil de todo el proceso: el o los menores nacidos recurriendo al procedimiento de GS.

⁶⁰ Como veremos en el apartado siguiente, en que trataremos de analizar la legislación aplicable a los supuestos de reconocimiento de filiación derivada de GS con elemento internacional, la situación, fruto de los diferentes avatares legales que han rodeado a la maltrecha LRC de 2011, las diferentes modificaciones sobrevenidas sufridas por la misma y la aun ausencia de entrada en vigor completa, están creando un caldo de cultivo propicio a la actividad legislativa de los órganos judiciales, lo que desde nuestro punto de vista provoca una situación insostenible por contradictoria, como se puede ver simplemente al analizar, como hacemos aquí, la diferencia de criterio en el tema mantenida por el TS y la DGRN.

⁶¹ La DGRN consideró que se trataba de la inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación del nacido, y en tal caso el acceso de la misma al Registro Civil español constituía no una cuestión de “Derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro, lo que excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 del Código civil. Por tanto, también excluía la aplicación de la Ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida y por tanto la inaplicación de la prohibición prevista en el art. 10 LTRA.

proceder a la inscripción), ni vulneraba el orden público internacional, ni perjudicaba la estructura jurídica básica del Derecho español y, por ello, tampoco lesionaba la organización moral y jurídica general, básica y fundamental de aquélla⁶².

Dicha Resolución fue recurrida por la Fiscalía, siendo estimada la pretensión anulatoria de la doble inscripción de paternidad tanto en instancia (*SJPI n.º 15 de Valencia de 17 de septiembre de 2010-AC/2010/1707*) como en apelación (*SAP Valencia de 23 de noviembre de 2011-AC/2011/1561*). Posición que se confirma por el *TS en sentencia de 6 de febrero de 2014 (RJ/2014/833)* y posterior *Auto de 2 de febrero de 2015 (RJ/2015/141)* con la que culmina el proceso iniciado en 2009 con la resolución ya citada. A su contenido nos referiremos un poco más tarde, solo anticipar que el TS tanto en su sentencia como en el auto posterior anula la inscripción registral de los nacimientos y entiende que aceptar la gestación por sustitución como medio de determinación de la filiación vulnera el Orden Público español.

Siguiendo con el estricto relato de “hechos” en la evolución del tratamiento de la GS en España, obligada es la referencia a la posición mantenida por la DGRN más allá de la resolución de 2009 que admitió la inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos en

⁶² Afirmaba la DGRN que la actuación de los cónyuges, al pretender la inscripción en el Registro de los menores, no implica una actuación en fraude de Ley (art. 12.4 del CC para los casos internacionales y, en general, el art. 6.4 del mismo cuerpo legal). Los interesados no habían utilizado, según la DGRN, una “norma de conflicto” ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. No se había alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se podía estimar que hubieran incurrido en el conocido como “Fórum Shopping fraudulento” al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. La certificación registral californiana no era una sentencia judicial que cause estado de cosa juzgada y que se intentara introducir en España para provocar un estado inalterable de filiación oponible *erga omnes*. (Vid. QUINONES ESCAMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, InDret, 2009 (www.indret.com)).

California y de las resoluciones puntuales en las que ha tenido que resolver sobre impugnaciones concretas de filiación. Entre la primera de las sentencias citadas, del JPI de Valencia de septiembre de 2010 y la de la AP de Valencia de 2011, el Centro Directivo emitió la *Instrucción de 5 de octubre de 2010* (BOE 7.10.2010) sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, dictada con la finalidad de “establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil Español de los nacidos en el extranjero mediante estas técnicas de reproducción asistida”.

Conforme a la citada Instrucción, para atribuir la filiación a los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución debe existir una previa resolución judicial, dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido (Directriz primera 1).

Por otro lado, salvo que resulte aplicable un Convenio Internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de *exequátur*, según el procedimiento contemplado en la LEC 1881⁶³. Para inscribir el nacimiento en el Registro será necesaria la presentación de la solicitud de inscripción y el auto judicial que ponga fin al procedimiento de *exequátur* (Directriz primera 2).

No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento judicial análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución puede ser reconocida en España (Directriz primera 3). En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y la filiación del nacido, una certificación registral extranjera, o la simple declaración, acompañada de certificación médica,

⁶³ Hoy procede hacer referencia a los arts. 41 a 61 (Título V Del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros, del procedimiento de exequátur y de la inscripción en Registros públicos) de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (BOE, 31.7.2015, n° 182, scc I, p. 65906/RCL/2015/1200). Conforme a la D.derogatoria única.1 de dicha Ley, quedan derogados los arts. 951 a 958 LEC 1881, por los que seguía regulándose hasta ahora el procedimiento de exequatur.

relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante (Directriz segunda)⁶⁴.

La DGRN por tanto abre una vía para proceder a la inscripción de las filiaciones derivadas de un contrato de GS celebrado en el extranjero por progenitores españoles. Puerta que parece cerrarse posteriormente con la STS de febrero de 2014.

Dicho esto, retomemos el iter de los acontecimientos y volvamos precisamente a dicha STS de 6 de febrero de 2014, en la que, frente a la posición mantenida por la DGRN en su Instrucción de 2010, el TS, resolviendo en el caso concreto del que arrancaba nuestro relato, desestima la inscripción de los nacimientos producidos en California mediante GS por vulnerar el Orden Público internacional, dado que el contrato de gestación por sustitución se encuentra prohibido expresamente en el art. 10 de la LTRHA de 2006. El TS establece claramente que el control no debe limitarse a aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo y por ello hay que entender que se produce una vulneración del Orden Público porque se mercantiliza la

⁶⁴ Con más detalle se analiza el contenido de dicha Instrucción en BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho...” *ob. cit.*, p. 110 a 114; J. R. DE VERDA BEAMONTE, tras analizar cada una de las directrices de la Instrucción de la DGRN, considera que la misma está prestando cobertura administrativa a un “turismo reproductivo”, el cual trata de eludir la aplicación del precepto legal (art. 10.1 LTRHA), que claramente establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución, norma que considera de orden público, que responde al principio común en los países de Europa continental de que no puede ser objeto de tráfico jurídico las facultades reproductivas y de gestación de la mujer, porque eso supondría poner en el comercio una función de la mujer tan elevada como es la maternidad. Afirma en definitiva el autor, que la Instrucción no es que pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no le parece admisible (DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)” *Diario La Ley* n.º 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010. *La Ley* 13471/2001, p. 8). Sobre la misma Vid. igualmente VELA SANCHEZ, A.J., 2015. Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler. Reus, Madrid, p. 185-186. Vid. igualmente FERRER VANRELL, M^a P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”, *ob. cit.*, pp. 81-82.

gestación y se produce una cosificación de la mujer gestante y del hijo fruto de tal sistema de gestación. Las normas contenidas en el art. 10 LTRHA, señala el TS, integran también el OP internacional español en lo que respecta a la filiación que en ella se determina⁶⁵

Tres meses después de que el TS español se pronunciara anulando la inscripción registral de la filiación de los menores nacidos en California, el TEDH (scc.5ª) se pronuncia directamente sobre dos supuestos similares al resuelto por el TS en las Sentencias Menneson y Labassee contra Francia de 26 de junio 2014(JUR\2014\176908 y JUR\2014\176905 respectivamente) en las que se condena a Francia por violación del art. 8 del CEDH por vulneración del derecho a la vida privada y familiar de los menores, nacidos en California y Minnesota respectivamente, a los que se les negaba la inscripción como hijos de las correspondientes parejas subrogantes, como consecuencia de la prohibición en el ordenamiento francés del contrato de Gesta-

⁶⁵ No debe olvidarse que la STS que comentamos tuvo un voto particular, formulado por el magistrado J.A. Seijas Quintana, al que se adhirieron otros tres magistrados más. Voto que parte precisamente del desacuerdo existente con las razones por las que fue desestimado el recurso en relación con el acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California(los disidentes entiende que se había aplicado correctamente el art. 81 RRC, considerando inaplicable el art. 10 LTRHA, ya que la filiación habría quedado ya determinada conforme a la legislación californiana); el orden público (los disidentes entendieron que no se sometía a la autoridad española la legalidad del contrato, sino el reconocimiento y eficacia de una decisión extranjera, válida y eficaz conforme a su normativa). Y la denegación del reconocimiento sólo podría haberse producido cuando se contraría el OP entendido desde el interés superior del menor, criterio éste relevante por lo que se verá posteriormente en la Propuesta recientemente presentada, de introducción de un nuevo art. 101 LRC 2011 para solventar precisamente los problemas derivados de los supuestos de GS celebrados en el extranjero), y el interés superior del menor.

En esa línea crítica resultan especialmente interesantes las reflexiones que realiza GARCÍA ALGUACIL, que tras analizar el contenido de la sentencia profundiza entre los dos aspectos relevantes de la misma que considera inadecuadamente abordados por el TS, la nulidad del contrato de GS y los efectos de la misma y el problema de la determinación de la filiación de los nacidos como consecuencia del mismo (GARCÍA ALGUACIL, MªJ. “Las claves de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. En Torres García, Teodora (dir.), Infante Ruiz, Francisco, Otero Crespo, Marta y Rodríguez González, Amalia (coords.). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 57-82.

ción Subrogada, con la ausencia absoluta de efectos incluso respecto del progenitor que hubiera, en su caso, aportado su propio material genético⁶⁶.

Inmediatamente después del pronunciamiento del TEDH en ambas sentencias, consideradas claramente contradictorias con el pronunciamiento del TS español, se interpone en representación de los progenitores subrogantes, incidente de nulidad contra la STS de 6 de febrero de 2014 por considerarla contraria a la doctrina que se desprende de las decisiones de Estrasburgo. El resultado, el *Auto del TS de 2 febrero 2015 (RJ 2015/141)* que desestima la pretensión de nulidad, considerando que frente a los casos resueltos por el TEDH, en los que el interés superior del menor quedaba efectivamente desprotegido al no permitir por vía alguna la determinación de la paternidad ni siquiera al comitente aportante del espermatozoides, no ocurría lo mismo en el caso español al respaldo de la legislación española protectora de los intereses de los menores por otras vías a los que los comitentes podían acudir para determinar la paternidad, no existiendo por tanto en tal caso la pretendida vulneración del art. 8 del Convenio (aludiendo con ello a la posibilidad prevista en el art. 10.3 LTRHA que lo permite, así como a la recomendación realizada por el TS al Ministerio Fiscal de adoptar las medidas necesarias para determinar la paternidad)⁶⁷.

⁶⁶ Vid. FARNÓS AMORÓS E., “La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología”, *ob. cit.*, p. 41 ss. Según señala la autora, que analiza con profundidad el contenido de ambas decisiones: “*La principal diferencia que se observa entre los fallos del TEDH y el del TS en la sentencia ya analizada de 6 de febrero del mismo año es el valor que otorgan al interés superior del menor: mientras que el TEDH lo sitúa por encima del OP internacional francés, el TS español otorga prevalencia al OP internacional español y por ello impide que el acuerdo de GS despliegue sus efectos en España...*”.

⁶⁷ Posteriormente se ha vuelto a pronunciar el TEDH en dos supuestos similares a los casos Mennesson y Labassee. Se trata de los casos FOULON y BOUVET vs Francia de 21 de julio de 2016 (TEDH 2016/61) y LABOIRE vs Francia de 19 de enero de 2017 (JUR/2017/14349). En ellos, el TEDH, vuelve a condenar a Francia por violación del art. 8 del CEDH (vida familiar de los menores) ya que si bien tras las sentencias de 2014 se produce un cambio en la doctrina jurisprudencial francesa, permitiendo, en sendas sentencias de 3 de julio de 2015 la determinación de la filiación por reconocimiento o posesión de estado respecto del progenitor que aportó el material genético, sin embargo el Tribunal considera que la fórmula utilizada por el Gobierno francés que permite el recurso a tales vías, como hipotéticas, pero que no resuelven ni extraen ninguna conclusión en

Como consecuencia de las posiciones claramente contradictorio entre la DGRN y el TS en esta materia se ha venido produciendo una situación cuanto menos preocupante en las diferentes resoluciones dictadas tras la Instrucción de la DGRN de 2010 y una vez firme la STS de febrero de 2014.

Así, inicialmente la DGRN a partir de dicha Instrucción comienza a admitir, siguiendo los dictados de ésta, la inscripción de los nacimientos producidos en el extranjero que tuvieran origen en una resolución judicial de autoridad extranjera, sin necesidad de exigir el exequatur, si se

cuanto a la admisibilidad o a la fundamentación de las demandas. Por ello el Tribunal, considerando las circunstancias del asunto, no observa ninguna razón para concluir algo diferente que en los asuntos *Mennesson* y *Labassee*. El Tribunal concluye en consecuencia que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio respecto al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero que sí ha habido violación de esta disposición con respecto al derecho de los demandantes segunda, cuarto y quinto respecto a su vida privada (los menores). Obligado en este punto es referirnos a la posición mantenida por el TEDH en su primera respuesta a la Consulta realizada por la Corte de Casación francesa, de 10 de abril de 2019, en relación con la forma en que ha de procederse respecto de las inscripción en el registro de los niños nacidos como consecuencia de un proceso de Gestación subrogada practicado en el extranjero, en relación con la madre de intención (consulta derivada fundamentalmente del pronunciamiento del propio TEDH en los casos *Mennesson* y *Labassee* recién citados). En este sentido el TEDH siguiendo el criterio del respeto al “margen de apreciación de los Estados” resuelve indicando que “*Les Etats n’ont pas l’obligation de procéder à la transcription de l’acte de naissance d’un enfant né d’une GPA à l’étranger pour établir son lien de filiation avec la mère d’intention, l’adoption pouvant être une modalité de reconnaissance de ce lien*” por lo que se evidencia la no obligatoriedad de transcribir el acta de nacimiento del nacido tal y como se practicó en el lugar de nacimiento.

Si bien (creemos que ello es trascendente a los efectos que se dirán, al afectar al contenido de dos recientes pronunciamientos de la DGRN español de febrero de 2019 y por tanto anteriores al posicionamiento de Estrasburgo), termina señalándose que: “*Il importe cependant que les modalités prévues par le droit interne garantissent l’effectivité et la célérité de leur mise en oeuvre, conformément à l’intérêt supérieur de l’enfant*”. Ello pone de manifiesto que cualquier sistema de inscripción del nacido deberá garantizar, en atención al interés superior del menor, la efectividad y celeridad en la inscripción. Algo que por otro lado, no se predica desde luego en los procedimientos de adopción seguidos conforme a la vigente legislación española. (Vid. Avis consultatif P-16-2018-001-Pdf, CEDH 132 (2019) 10.04.2019) (https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Advisory_opinion_ENG.PDF; [https://hudoc.echr.coe.int/leng-press#{"itemid":\["003-6380685-8364782"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/leng-press#{))]

habían basado en un procedimiento equiparable al de Jurisdicción Voluntaria previsto por la LEC de 1881 (Tal es el caso de las RRDGRN 3 de mayo 2011(JUR 2012/107637), 6 de mayo 2011(JUR/2012/110698 y 147776), 9 de junio de 2011(JUR/2012/151437, 151438 y 151439), 23 de septiembre 2011(JUR 2012/168313 y 168314), 12 diciembre 2011(JUR 2012/307190), 22 de diciembre 2011 (JUR 2012/4307191)).

No se admitía sin embargo la inscripción en aquellos casos en los que la determinación de la filiación viniera de la mano de un mero certificado de nacimiento expedido en el extranjero ((RRDGRN 23 de septiembre 2011 (JUR 2012/168312), 27 de junio 2011 (JUR 2012/151441), 6 de mayo 2011 (JUR 2012/114782), 19 diciembre 2014 (RJ 2015/256866 y 259979)

La aparición de la STS de febrero de 2014 paralizó momentáneamente las inscripciones, hasta que el conflicto entre DGRN y TS se agudiza de nuevo como consecuencia de la Circular/Informe emitido por la DGRN de 11 de julio de 2014 por el que se ordena a los Registros la Inscripción de los nacimientos, siguiendo las directrices de la Instrucción de la DGRN de 2010, sin que, se apunta, la STS de 6 de febrero de 2014 constituya obstáculo alguno para la procedencia de las inscripciones⁶⁸. De hecho, con posterioridad a dicho Informe se reitera la posición permisiva de la DGRN en resoluciones como las de 19 diciembre 2014 (RJ 2015/5079; JUR 2015/256852 y 256807) y 16 de enero de 2015 (JUR 2015/259893) entre otras.

Finalmente (de momento) la contradicción se vuelve a instalar en el seno de la propia DGRN cuando a raíz del problema ocasionado como consecuencia del nacimiento en Ucrania, por medio de Gestación por sustitución, de numerosos niños de familias españolas que habían recurrido a dicho proceso al amparo de la legislación permisiva de aquél país, se cierra la vía de inscripción en el Consulado, imposibilitando el retorno de las familias con los menores a España. Son dos las Instrucciones de la DGRN (previas como se ha indicado a la respuesta consultiva del TEDH de 10.4.2019), las que con una

⁶⁸ Consultado en la Web del Colegio de Abogados de León (<https://www.ical.es/actualidad/noticias/la-dgrn-remite-a-los-criterios-establecidos-por-la-instruccion-de-5-de-octubre-de-2010-para-la-inscripcion-registral-de-los-ninos-nacidos-de-vientre-de-alquiler/1583>) (noticia de 30.7.2014).

diferencia de apenas cuatro días establecen posiciones claramente contradictorias en torno a la posibilidad de inscribir los nacimientos de los menores que vengan de la mano de una certificación registral.

La primera de ellas, la *Instrucción de 14 de febrero de 2019 sobre “Actualización del Régimen registral de la Filiación de los nacidos mediante Gestación por Sustitución”*⁶⁹.

En la misma, se analizaba de forma detallada el marco legal, jurisprudencial y doctrinal vigente, destacando la necesidad de *actualizar y adaptar* a las nuevas realidades normativas y jurisprudenciales la Instrucción de la propia Dirección, de 5.10.2010 a la que derogaba. Conforme a la misma se establecía la posibilidad de inscripción de los nacidos en dicho país, no sólo cuando la filiación se había determinado como consecuencia de una decisión judicial sino también en los casos en los que traía su origen en una certificación de nacimiento:

Así, en primer lugar se admitía la inscripción de los nacidos en el extranjero por GS, presentando la solicitud de inscripción junto con resolución judicial dictada por tribunal competente, siguiendo en este punto los dictados de la Instrucción de 2010 ya mencionada.

En segundo lugar e igualmente con criterio semejante a la Instrucción de 2010 se fijaba la inadmisión como título de inscripción de la mera certificación registral extranjera o declaración acompañada de certificación médica en la que no constase la identidad de la gestante. Debía por ello constar la filiación del padre y quedar acreditada la maternidad biológica de la gestante siendo en tal caso posible la inscripción por la certificación si constaba también la filiación materna. Para hacer constar la paternidad del cónyuge o pareja del comitente genitor biológico se recurriría a la adopción.

Por último, en aquellos casos en los que la legislación extranjera no determinase la maternidad para la mujer gestante sino para mujer distinta de la gestante (comitente) se establecía la necesidad de buscar solución que evite la situación de abandono del nacido, fundamentalmente tomando en consideración la existencia de vínculo con la

⁶⁹ Consultado en https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf

comitente si aportó su óvulo a la fecundación, aplicando en tal caso el criterio del art. 10.3 LTRHA.

La segunda *Instrucción, de 18 de febrero de 2019* (BOE nº 45 de 21.2.2019), anula la Instrucción anterior retomando el contenido y vigencia de la Instrucción de 2010 y en tal sentido: a) deja sin efecto la RDGR de 14.2.2019, a todos los efectos, incluso derogatorios en relación con los nacidos con posterioridad a la entrada en vigor de la propia instrucción (21.2.2019); b) Desestima las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular posteriores a su entrada en vigor, salvo que se apoyen en sentencia firme dotada de exequatur u objeto de control incidental conforme a la Instrucción de la DGRN de 2010; c) Establece la posible obtención del pasaporte y permiso de los menores para viajar a España a fin de iniciar procedimiento de inscripción de filiación.

En definitiva, no solo existe una contradicción entre el TS y la DGRN, sino que la propia DGRN entra en contradicción consigo misma, fruto evidente de un claro desacuerdo con el Gobierno de España que se patentiza de forma clara en un comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación español, emitido desde el Servicio de Prensa de la Moncloa el día 17 de febrero, previo a la Instrucción que acabamos de mencionar, en el que el Ministerio”. (...) *recuerda que los cónsules y encargados de los Asuntos Consulares están sujetos, como responsables de los Registros Civiles Consulares, al contenido de las Instrucciones de dicha Dirección General, a la normativa sobre Registro Civil y a la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, sin dejar de dar solución a las situaciones de hecho que se hayan creado, atendiendo al interés superior del menor.*

En el caso concreto de Ucrania, la Embajada de España en Kiev está realizando gestiones con las autoridades ucranianas para estudiar las alternativas existentes, y atenderá de manera individualizada a las familias españolas que se encuentran en el país para informarles sobre la legislación vigente y las posibilidades legales y para ayudarles a buscar la mejor solución posible en estrecho contacto con el Ministerio de Justicia.

En todo caso, el Gobierno tiene la obligación de preservar y proteger los derechos de las madres biológicas involucradas en este pro-

ceso, independientemente de su nacionalidad, así como de proteger el interés superior del menor.

A la vista de esta situación, el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación sigue desaconsejando el inicio de cualquier proceso de gestación subrogada, recomendación que este Ministerio lleva haciendo desde hace años”⁷⁰

3.2.2. La inscripción en el Registro Civil de la filiación derivada de contrato de Gestación subrogada celebrado en el extranjero⁷¹

Más allá de lo dispuesto en el art. 10 LTRHA y las interpretaciones contradictorias entre el TS y la DGRN conforme se ha relatado en el apartado anterior, trataremos de analizar los instrumentos con los que se cuenta y con los que se ha intentado contar, para permitir o posibilitar la inscripción en el Registro Civil de los nacimientos producidos en el extranjero como consecuencia de un contrato de Gestación por sustitución.

Ciertamente la forma inicial de abordar el problema de la inscripción registral de los nacimientos acaecidos en el extranjero en tales casos se gestionó desde la DGRN atendiendo al sistema de inscripción y reconocimiento de sentencias, documentos y certificaciones extranjeras. Así se abordó de hecho como hemos visto en la primera Resolución a la que hemos aludido en este trabajo, la de 18 de febrero de 2009.

La normativa invocada por la DGRN para permitir la inscripción de las decisiones extranjeras sobre GS era la prevista en la LRC 1957 y su Reglamento (RRC), así como las normas de la LEC reguladoras del exequatur.

⁷⁰ <http://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/exteriores/Paginas/2019/170219gestacion-subrogada.aspx> (Fecha de consulta:28.4.2019)

⁷¹ Sobre la evolución de las posibles vías de inscripción registral vid. FERRER VANRELL, M^a P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”, *ob. cit.*, pp. 84-85.

Así, tratándose de *Certificaciones de Nacimiento*, emitidas por autoridades extranjeras, la DGRN conforme a la RDGRN de 18 de febrero de 2009, invocaba la aplicación de los arts. 81, 85, 86 y 88 RRC de 1958 (FD 3º y 4º) conforme a los cuales el documento (certificado emitido por la autoridad extranjera en este caso), sea judicial, administrativo o notarial debía ser considerado como título para inscribir el hecho de que da fe, siéndolo también el documento auténtico extranjero con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados Internacionales. Tal certificado en todo caso debía reunir las características previstas en el art. 85 RRC (que sea regular y auténtico, de forma que el asiento de que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española).

Matiza posteriormente la DGRN en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, que incorpora la doctrina consolidada por el TS, aplicando las reglas establecidas en los arts. 954 ss LEC de 1881, vigente después de la entrada en vigor de la LEC de 2000, conforme a las cuales se regula el procedimiento de exequatur o reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras, señalándose no obstante, como vimos más arriba, que en aquellos casos en los que el procedimiento en el que se había determinado la filiación conforme al derecho extranjero fuera un procedimiento similar al de Jurisdicción Voluntaria, la inscripción no debería pasar por el procedimiento de exequatur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción.

Dicho esto, el siguiente paso nos dirige hacia el análisis de la regulación en la LRC de 2011, en la que específicamente podemos derivar nuestro análisis hacia el art. 44 de la misma que se refiere expresamente a la inscripción del nacimiento y la filiación, así como a sus artículos 94 a 100 que bajo el Título X, Normas de Derecho Internacional Privado, regulan expresamente el sistema de inscripción de las Resoluciones Judiciales extranjeras, documentos extranjeros extrajudiciales y certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros.

Debe señalarse en todo caso como punto de partida que, si bien el art. 44⁷² entró en vigor el 15 de octubre de 2015⁷³, sin embargo los artículos 94 a 100 no entrarán en vigor hasta 30 de junio de 2020⁷⁴.

En cualquier caso, el art. 44 LRC, no previó en su regulación inicial absolutamente nada, ni relativo al sistema de inscripción de la filiación derivada del uso de Técnicas de Reproducción Asistida, ni por supuesto nada relativo a la inscripción de las filiaciones derivadas de un proceso de GS, que el propio art. 10 LTRHA consideraba y considera como contratos nulos. Por tanto nada regulaba ni regula tampoco en relación con el sistema de posible inscripción de las filiaciones en tales casos cuando tienen su origen en un Contrato de Gestación por sustitución celebrado en el extranjero.

Sin embargo conviene tener en cuenta que en un momento de la evolución del citado precepto, desde su redacción originaria en 2011, hasta la vigente regulación, se produjo un intento de introdu-

⁷² Con la vigente redacción, debida a la modificación que le otorgó el art. 2.1 de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOE 167, 14.7.2015).

⁷³ Conforme a la D. Final 10ª tras la redacción que le confiere el art. 2.10 de la Ley 19/2015 citada.

⁷⁴ Tengase en cuenta que conforme a la D.F 10ª de la LRC de 2011, modificada ya en numerosas ocasiones (la más reciente por Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas), la LRC (con las salvedades expresadas en la citada Disposición) no entrará en vigor hasta el 30 de junio de 2020, por lo que, los arts que se refieren específicamente a las normas de derecho Internacional Privado (arts. 94 a 100, relativos precisamente al sistema de inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras (art. 96), documentos extranjeros extrajudiciales (art. 97) y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros (art. 98), no entrarán en vigor hasta junio de 2020.

A ello hemos de añadir que, aun sin haber entrado en vigor, dichos preceptos en cuanto se refieren al procedimiento de exequatur previsto en los arts. 940 ss LEC de 1881, han de ser modificados por el actual procedimiento previsto en los arts 41 a 61 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (Ley 29/2015, de 30 de julio (RCL/2015/1200)).

De la misma forma hay que entender que la referencia hecha al procedimiento seguido en el extranjero como análogo al de Jurisdicción Voluntaria ha de entenderse ahora con referencia no al previsto originariamente al de la LEC de 1881, sino al previsto específicamente en los artículos 11 y 12 de la LJV de 2015.

cir formalmente parte del contenido de la Instrucción de la DGRN de 2010 a la que venimos aludiendo, de forma que, atendiendo a la promesa del Gobierno de incluir una solución a los nacidos mediante “gestación por sustitución”, se incluyó un pfo. 7 al artículo 44 en el Proyecto de Ley de 18 de junio de 2014 de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil (BOCG. Congreso de los Diputados, 23.6.2014, n° 101-1 p. 1) en el que se indicaba que: *”En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de exequátur”*⁷⁵.

Dicho lo anterior, tan sólo se encuentra por tanto en vigor en los momentos actuales el art. 44 LRC de 2011. No así como acabamos de ver, las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la eficacia de las resoluciones judiciales extranjeras (art. 96 LRC), documentación extrajudicial extranjera (art. 97 LRC 2011) o Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros (art. 98 LRC 2011).

Igualmente en cuanto al procedimiento de exequatur al que alude el art. 96.2 citado, ya no ha de entenderse realizada la referencia al previsto en la LEC de 1881, sino a las normas contenidas, como hemos indicado, en los arts. 41 a 61 de la Ley 29/2015 de Cooperación Judicial Internacional en materia civil, que se encuentra en vigor con

⁷⁵ En trámite de enmiendas el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso propuso (enmienda n° 116), la supresión del apartado 7 del art. 44 del Proyecto. Como única justificación, una lacónica referencia: Mejora técnica. (BOCG. 26.5.2015. Congreso de los Diputados, Serie A-n° 101-2, p. 82-83.

En el texto del Proyecto que llega al Senado ya no aparece el contenido del pfo.7 del art. 44 tal y como se recogía en el Proyecto inicial, desapareciendo toda referencia a los supuestos de filiación determinada conforme a la legislación extranjera, así como de la necesidad de que pudiera exigirse seguir un procedimiento de exequatur para dar validez a una resolución judicial extranjera (BOCG. Senado, n° 539, 11.6.2015).

independencia de que los preceptos de la LRC citados aún no lo estén. Igual que, en su caso, resultan aplicables las normas contenidas en los arts. 11 y 12 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, que sustituyen a la normativa prevista al efecto en la LEC de 1881, en vigor hasta el momento en que lo hizo la LJV. Pues bien y sin entrar en detalles de análisis de dichos preceptos, que exceden del contenido expreso de nuestro trabajo, en todas estas normas recién invocadas, el legislador, más allá de las interpretaciones que la DGRN realizara en su Instrucción de 2010, se termina haciendo remisión, para el reconocimiento de efectos a los actos judiciales o de jurisdicción voluntaria, a la necesidad de ser acordes con el Orden Público español.

Es por tanto la interpretación del Orden Público la que, siguiendo el criterio del TS mantenido en su Sentencia de 2014 y ratificado en el Auto de 2015, supone un impedimento cierto a la inscripción de los nacimientos producidos en el extranjero como consecuencia de un Contrato de Gestación por sustitución, lo que sigue entrando en contradicción con la práctica real que nos sitúa ante respuestas diferentes y permisivas (en unos casos sí y en otros no) de la inscripción.

Por ello y ante este panorama, ante la ausencia de regulación específica aparece con un cierto carácter de “aire fresco” aunque no suficiente como para calificarlo de bocanada real de aire fresco, la *Propuesta presentada por LA FUNDACIÓN FIDE & FUNDACIÓN GARRIGUES de 1 de octubre de 2018: “Propuesta de reforma de la regulación española sobre la inscripción de relaciones constituidas en el extranjero mediante gestación Subrogada”*⁷⁶.

La Propuesta se decanta por introducir un nuevo y último artículo 101 en la LRC, dentro del Título X, dedicado precisamente a las normas de Derecho Internacional Privado, con propuesta de entrada en vigor con carácter inmediato, lo que de alguna forma solucionaría parcialmente el problema de la Inscripción de los nacimientos produ-

⁷⁶ El documento así como el desarrollo seguido para su discusión y aprobación se puede consultar en la Web de la Fundación FIDE (<https://www.fidefundacion.es/attachment/1085483/>) (última consulta 17.12.2018). Resulta de interés su lectura porque resume hasta el último objeto de debate, el proceso seguido en España en el tema, del que hemos dado cuenta en este trabajo y que resulta imprescindible para entender los diferentes pasos que se están dando y los que aún quedan por dar desde nuestro punto de vista.

cidos en el extranjero fruto de un contrato de Gestación Subrogada, al tratar de paliar, de alguna forma, el que hemos señalado como problema en el que confluyen todos los recursos legales (en vigor o no) a los que hemos hecho referencia anteriormente: el problema de la interpretación del Orden Público y su vulneración al admitir la inscripción de tales filiaciones, al que si nos damos cuenta se ha reconducido fundamentalmente el problema de momento. Igualmente y como medida para cerrar el círculo, se pretende la integración de su contenido en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en concreto en su art. 62), precisamente también para potenciar una interpretación del Orden Público que tome en consideración el interés superior del menor tal y como se define en los Instrumentos europeos en vigor en España.

Así se propone un nuevo artículo 101 LRC, conforme al cual se prevé que: *“En el caso de la inscripción de títulos extranjeros que acrediten una relación de filiación constituida en el extranjero mediante gestación subrogada, la apreciación de la eventual contradicción con el orden público español deberá tener en cuenta necesariamente el respeto al interés superior del menor, tal y como éste aparece definido en los instrumentos europeos y convencionales en vigor en España”*.

Resulta obvio, a la vista de lo que se ha señalado, que es necesario dar una respuesta en este punto al sistema de acceso de los nacimientos de menores fuera de España fruto de un proceso de Gestación por sustitución permitido conforme a un ordenamiento extranjero. Las contradicciones a las que nos está conduciendo la falta de uniformidad entre el tratamiento del tema por parte del legislador, del TS y de la propia DGRN no conducen más que a una clase desprotección de los intereses, en este punto, más dignos de protección, que son los de los menores que han venido al mundo ajenos a la vía o medio por el cual se ha producido su nacimiento, lo que resulta claramente discriminatorio si se tiene en cuenta al menos el Dictamen no vinculante emitido por parte del TEDH el 10 de abril de 2019.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALES URÍA ACEVEDO, MA., *El derecho a la identidad en la filiación*. Tirant monografías 787. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012.
- ANDREU MARTÍNEZ, B., “La doble maternidad tras la reforma del artículo 7.3 LTRHA y la resolución de la DGRN de 8 febrero de 2017: ¿Realmente avanzamos o hemos retrocedido? *InDret*. Barcelona, abril 2018, pp. 1-35 (www.indret.com)
- BARBER CÁRCAMO, R., “Reproducción asistida y determinación de la filiación”. *REDUR* 8, diciembre 2010, pp. 25-37.
- BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación en España: una visión crítica*, Cizur Menor: Thomson Aranzadi. 2013.
- BARBER CÁRCAMO, R., “Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales”. *Derecho privado y Constitución*. N° 28, 2014, pp. 93-136.
- BENAVENTE MOREDA, P., “La filiación de los hijos de parejas, casadas o unidas de hecho, del mismo sexo. La situación legal y jurisprudencial actual”. *Anuario de Derecho Civil*, LXIV, I. 2011, pp. 75-12.
- BENAVENTE MOREDA, P., “Los Errores de Legislar en Paralelo: La Problemática Aplicación de las Reglas sobre Filiación (Determinación, Acciones de Reclamación e Impugnación) en la Filiación Derivada del Uso de Técnicas de Reproducción Humana Asistida”. *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 7, n° 1 (2017) editado por las profs. Marisa Herrera, Natalia de la Torre y Agustina Pérez (Universidad de Buenos Aires): *Derechos reproductivos y Reproducción Asistida. Género, diversidad sexual y Familias en Plural*. (Posted: 25 Apr 2016 Last revised: 1 Mar 2017) Oñati Socio-legal Series, forthcoming DRAFT ISSN: 2079-5971. Abril, 21 2016 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2768263)
- BLANCO-MORALES LIMONES, P., “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”. *Millennium. Derecho Internacional Privado*. DiPr. Edit. Tirant lo Blanch. Zaragoza. 2018. N° 1. pp. 1-16. (<http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433416687.pdf>)
- CABEZUDO BAJO MJ., “Avances hacia una regulación de la gestación por sustitución en España en base al modelo regulado en el Estado de California”. *Revista de Derecho y Genoma Humano. Genética, Biotecnología y Medicina Avanzada* Núm. 46, Enero-Junio 2017, Editorial Dykinson, pp. 59-120.
- CASADO, M., NAVARRO-MICHEL, M., “Documento sobre Gestación por Sustitución”. Observatorio de Bioética i Dret, Universitat de Barcelona. Barcelona, 20019. (www.bioeticaidret.cat; www.bioeticayderecho.ube.edu)

- CABRERA CARO, L., “Implicaciones éticas y jurídicas de la Gestación por sustitución: mater Semper certa est?”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paternofiliales*. Comares. Granada, 2018. pp. 47-62.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C., “La doble inscripción de la filiación matrimonial y la justificación del requisito del uso de técnicas de reproducción asistida. Comentario a la RDGRN de 8 de febrero de 2017”. *Actualidad Civil*, 2017 (4), p. 21-32.
(http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAC1PTW-DMAz9Nc1xoqgfu-RAwqVSVRCIO-wymcSCaFlSJYbCu19aasmy9d6z_RwX593yx9swLi-PoIj8wUDSCLb3ix2dvJmyhS7gPGoNY-JaRJ7ANRp5nLA7-cYHJ9EDGOwFh3WW05mWbpch3--zzwCYMMQn4l-nREbL-B9MM5Ja16iNHEEgi4rMqf4tZWzSbfpfH6W2yO6gnWN3E-yUKeqsuL2haNYBEbqKGGHnlyTME4-1B4n5l1vwm4vuj1xGT-wwY3TOEsIunC6xZneC8RIIMx15NYJpmyqyQ9KsOj0-61_BAxuYS8BAAA=WKE)
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, MS., “Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014”. In *Dret*.1/2015. (<http://www.indret.com/es/>)
- DÍAZ ROMERO MR., *Autonomía de la voluntad y contrato de Gestación Subrogada: Efectos jurídicos*. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2018
- FARNÓS AMORÓS E., *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Barcelona: Atelier. 2011.
- FARNÓS AMORÓS E., 2015. La filiación derivada de reproducción asistida: Voluntad y biología. *Anuario de Derecho Civil*. LXVIII I, pp. 5 a 61.
- FARNÓS AMORÓS, E., “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en CARRIO, A. (Coord.), Marcial Pons, Barcelona (*en prensa*).
- FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., VERDERA SERVER, R., “Retos actuales de la determinación extrajudicial de la filiación”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 15-69.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, S., HERNÁNDEZ CORROCHANO, E., KONVALINKA, NA. Y SANCHEZ MOLINA, R., “La Gestación subrogada bajo prismas diferentes. Cuatro corrientes de análisis para un mismo tema”, *Antropología experimental* n° 18, 2018. Texto 21: p. 319-335 (<http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rae>)
- FERRER VANRELL, Mª P., “El llamado superior “interés del menor” de los nacidos como consecuencia del contrato de gestar para otro. Aspectos bioéticos”. En Lledó Yagüe Francisco, Ferrer Vanrell, Mª Pilar, Torres La-

- na, José Ángel y Achón Bruñen M^aJosé (dirs), Monje Balmaseda, Óscar (coord.). *Estudio sistemático de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia*. Dykinson. Madrid, 2018. pp. 73-100.
- GARCÍA ALGUACIL, M^aJ. “Las claves de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”. En Torres García, Teodora (dir.), Infante Ruiz, Francisco, Otero Crespo, Marta y Rodríguez González, Amalia (coords.). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 57-82.
- GARCÍA VICENTE, JR., “Comentarios a los arts. 235-1 a 235-14”. En: Egea y Fernández J, Ferrer y Riba J. (Directors). Farnós Amorós E. (Coord): *Comentaria al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d' ajuda mútua*. Barcelona: Atelier. 2014, pp. 581 a 514.
- GUERRA PALERMO, MJ. “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “Gestación subrogada” como nuevo negocio transaccional” en Rodríguez Delgado, J.: Vulnerabilidad, justicia y salud global. *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, n° 26, 2018. pp. 39-51.
- GONZÁLES PÉREZ DE CASTRO, M., *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Dykinson. Madrid. 2013.
- H.PUELO, Alicia, “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo” en *Revista Europea de Derechos Fundamentales* · primer semestre 2017: 29, pp. 165-184.
- HEREDIA CERVANTES I., 2015. La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados. En: Benavente Moreda P y Farnós Amorós E, (coord.). *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada interdisciplinaria a un fenómeno global y actual*. Boletín del Ministerio de Justicia. Monográfico. n° 2179.2015, pp. 339-396.
https://www.google.es/search?q=Treinta+a%C3%B1os+de+reproducci%C3%B3n+asistida+en+Espa%C3%B1a:una+mirada+interdisciplinaria+a+un+fen%C3%B3meno+global+y+actual.+Bolet%C3%ADn+del+Ministerio+de+Justicia.+Monogr%C3%A1fico.+n%C2%BA+2179.+339-396&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=obNdVsbRNIf2Uo3UgaAO.
- HERRERA, M., 2014, Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. *Edit. Infojus*. (www.infojus.gov.ar).
- HERRERA, M., DE LA TORRE, N., FERNÁNDEZ, S., *Manual de Derecho de las Familias*, Abeledo perrot, Buenos Aires, 2015.

- HERRERA, M., DE LA TORRE, N., FERNÁNDEZ, S., *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Thomson Reuters. La Ley, Buenos Aires, 2018.
- INIESTA DELGADO J.J. “La filiación derivada de las formas de reproducción humana asistida”. En: Yzquierdo Tolsada y Cuena Casas, (dirs). *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. VI..Cizur Menor.Aranzadi: Thomson-Reuters Aranzadi, 2011, pp. 735-850.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E., 2012. Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino (1) Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. *Revista Derecho Privado*. Año I N. 1. Ediciones Infojus, p. 3 Id Infojus: DACF120032 (<http://www.infojus.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-ampliando-campo-derecho-filial-derecho-argentino-texto-contexto-tecnicas-reproduccion-humana-asistida-dacf120032-2012/123456789-0abc-defg2300-1fcanirtcod>)
- LAMM, E., *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. Hacia una nueva concepción de las relaciones de filiación: en las fronteras del derecho civil y la bioética*. Universidad de Barcelona. Facultad de Derecho, 2010.
- LAMM, E., 2012. La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida. *Revista de bioética y derecho*. N.24.77-91.
- LAMM, E., “Repensando la Gestación por sustitución desde el Feminismo”: MJ-DOC-13769-AR | MJD13769 <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/> (fecha de consulta 3.12.2018).
- LÁZARO PALAU CM, “Reflexiones en torno a la maternidad subrogada”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 19-29.
- NANCLARES VALLE J., 2008 “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza” - BIB 2008/575-Aranzadi civil n° 7.
- NAVARRO CASTRO, M., 2012. Artículo 44. Inscripción de nacimiento y filiación, en Comentarios a la Ley de Registro Civil (COBACHO GÓMEZ, JA; LECIÑENA IBARRA, A., dir).Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 681 a 703.
- NÚÑEZ, R., FEITO, L., ABELLÁN, F., 2016 “Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución” editado por el Grupo de Ética y buena práctica clínica, de la Sociedad española de fertilidad. (<https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>).
- ORTEGA LOZANO, R, ÁLVAREZ DÍAZ, J.A., HERREROS RUIZ VAL-DEPEÑAS, B. y SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MA. “Gestación subrogada:

- aspectos éticos”, en Rosana Triviño Caballero: Cuestiones abiertas sobre la gestación subrogada” *Dilemata, Revista Internacional de éticas aplicadas* n° 28, 2018. p. 63 a 74.
- PALACIOS GONZÁLEZ, MD., “Técnicas de reproducción asistida, determinación de la filiación e interés superior del menor”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.): *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 65 a 77.
- PANIZA FULLANA, A., “Doble maternidad de hecho y su problemática”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 7/2011 parte Jurisprudencia. Comentarios, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2011. (Bib/2011/1597).
- PÉREZ CONESA, C., “Determinación de filiación extramatrimonial por posesión de estado de mujer homosexual tras la ruptura de relación de pareja con otra mujer, madre biológica del menor nacido mediante técnica de reproducción asistida. Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2014. Voto particular”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.2/2014 parte Comentario. 2014. Aranzadi, BIB 2014/968
- POZZOLO, Susanna, (coord.) “Surrogacy” or Pregnancy for others. A first round of opinions”. Participants: Antonia Durán Ayago, Anika König, Barbara Katz Rothman, Pilar Benavente Moreda, Susanne L. Goessl, Sophie Dannecker, Laura Nuño Gómez, Cinzia) En Piciocchi, Judit Zeller-AG *AboutGender. International journal of gender studies*. 2016, vol.5, n°10, pp. 331-357. <http://www.aboutgender.unige.it>.
- QUICIOS MOLINA, S., “¿Cómo puede determinarse la maternidad de la esposa de la mujer que ha dado a luz un hijo concebido utilizando alguna técnica de reproducción asistida? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2013”. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, N.95, 2014, pp. 18 ss. (<http://proview.thomsonreuters.com>).
- QUICIOS MOLINA, S., *Determinación e impugnación de la filiación*. Thomson Reuters Aranzadi. Madrid, 2014.
- QUICIOS MOLINA, S., “Determinación de una segunda maternidad no adoptiva: Estado de la cuestión”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 185-227.
- ROCA GUILLAMÓN, J., DE LAS HERAS GARCÍA, MA. 2012. Artículo 4. Hechos y actos inscribibles. En Cobacho Gómez, JA., Leciñena Ibarra, C., (Dtrs). *Comentarios a la Ley de Registro Civil*. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, p. 121 ss.
- RODRÍGUEZ GUTIÁN A., “Nuevos dilemas jurídicos de la reproducción asistida en España”. En Benavente Moreda, P., Farnós Amorós, E., (coords): *Treinta años de reproducción asistida en España: una mirada*

- interdisciplinaria a un fenómeno global y actual. Boletín del Ministerio de Justicia*. Año LXIX.Nº 2179. 2015, pp. 85 a 174.
- SALMERÓN MANZANO E, “La maternidad subrogada en España: posible regulación legal de un contrato nulo”. En Martos Calabrús, MA (dir), Bastante Granell, V. (coord.). *En torno a la filiación y las relaciones paterno filiales*. Comares. Granada, 2018, pp. 31-43.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”; *InDret*, Barcelona, octubre 2018, pp. 1 a 41 (<http://www.indret.com/es/>).
- SANCIÑENA ASURMENDI, C., “Impugnación de la paternidad por reconocimiento de complacencia”. *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num.104/2017 parte Sentencias, Resoluciones, Comentarios. Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2017. (BIB 2017\12558)
- TAMAYO HAYA, S., 2013. Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Revista Digital Facultad de Derecho*, (http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISITA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/NUEVOMODELODEFIILIACION.PDF)
- TOMÁS MARTÍNEZ G., “El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro”. *Actualidad Civil* nº 7, La Ley 1796/2010. 2010, pp. 748 ss.
- VAQUERO PINTO, M.J., “¿Debe admitirse y regularse la Gestación por sustitución?”. *Retos actuales de la Filiación* (Asociación de profesores de Derecho Civil), Tecnos, 2018, pp. 229-268.
- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. ”Determinación de la filiación por posesión de estado en el seno de una pareja de mujeres: el protagonismo de los consentimientos implicados como elementos impulsores de la determinación legal de la filiación”. En Torres García, Teodora (dir.), Infante Ruiz, Francisco, Otero Crespo, Marta y Rodríguez González, Amalia (coords.). *Construyendo la igualdad. La feminización del Derecho Privado*. Tirant lo Blanch. Valencia 2017, pp. 349-368.
- VELA SANCHEZ, AJ., *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*. Reus, Madrid. 2015.
- VELA SÁNCHEZ, AJ., “Crimen en el bar. Regulemos ya en España el convenio de gestación por sustitución”, *Revista Internacional de doctrina y jurisprudencia* nº 16, octubre 2017, pp. 1-20